I. rom. M.
49m

Bluntschli

J. rom. M. 49 m

Entwicklung

der

Erbfolge

gegen den letzten Willen

nach Römischem Recht

mit besonderer Rücksicht auf die

Novelle 115

von

J. C. Bluntschli.

Umarbeitung einer von der Berliner Juristenfacultät gekrönten Preisschrift.

Bonn 1829.

bei Adolph Marcus.

D 178.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seinem

hochverehrten Lehrer und Freunde

Dr. F. L. Keller

Professor der Rechte und Mitglied des Amtsgerichts
in Zürich,

dankbar gewidmet

vom Verfasser.

Vorrede.

Vor etwas mehr als anderthalb Jahren setzte die Juristen-facultät der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin die Preisaufgabe, das Verhältniß der Novelle 115 zum alten Recht der Uebergehung und Enterbung darzustellen: und die verschiednen Ansichten der Schule bis auf unsere Zeiten zu entwickeln. Ich wagte mich damals an die schwierige Arbeit. Mein Versuch war zwar etwas dürftig in mehren Hinsichten; besonders kärglich war die Novelle selbst bedacht, die nach der Stellung der Aufgabe den Mittelpunkt des Ganzen hätte bilden sollen; und nicht besser war es mit dem literarischen Theil. Die Kräfte waren von Anfang an noch schwach und unreif. Dennoch war einzelnes Gute vorhanden, und manche Keime des Bessern waren den billigen Richtern nicht verborgen. Daher erkannten sie meiner Abhandlung den Preis zu.

Nach Bonn gelangt, ging ich von neuem mit vermehrter Kraft und frischer Lust an die Arbeit, und so entstand im Laufe des vorigen Winters diese Schrift, welche keines-

wegs eine bloße Ueberarbeitung der frühern ist, sondern eine wesentlich neue. Ich wählte dießmal die deutsche Sprache statt der Lateinischen, aus mehren Gründen, die anzuführen ich für unnöthig halte, da schon die allgemeine Sitte ein solches Verfahren rechtfertigt.

Besondere Aufmerksamkeit habe ich dem Recht der Novelle gewidmet, obgleich ich nicht von ihr ausging. Grade bei diesem Gegenstande ist eine historische Methode ganz unentbehrlich. Das neue Recht kann unmöglich richtig verstanden werden, wenn man sich nicht eine genaue Kenntniß des alten Rechts erworben hat, und zwar nicht blos wie es unmittelbar vor der Novelle gegolten hat, sondern in seiner Entwicklung vom ersten Ursprung an. Das Folgende ist nothwendig bedingt durch das Frühere. Als die Verhältnisse, unter denen das Alte entstanden war, sich veränderten, und die Zeit neue Ansichten und neue Bedürfnisse erzeugte, ward auch das Recht neu gestaltet. Aber wie jene Verhältnisse selbst in einem innern Zusammenhang stehn und sich bedingen, so gilt das Nämliche von der Entwicklung des Rechts. Erst wenn man diese fortschreitende Bildung bis auf Justinians Zeiten hinunter begleitet, wird einem klar, was die Novelle Neues wollte, und was sie wollen wußte. Deßhalb ging ich auch in meiner Darstellung von dem ältesten Recht aus, verfolgte den Gang seiner Ausbildung, stellte die neuen Elemente, die nach und nach hinzu kamen, dar, und suchte zu zeigen, wie sich der Gesichtspunkt immer mehr erweiterte, bis endlich das Besondere ganz im Allgemeinen aufging. Dieser Weg ist für sich schon ungemein interessant, da man die

bedeutendste Strecke desselben in Gesellschaft der großen klassischen Juristen zurück legt. Aber auch die Novelle selbst erhält dadurch im Einzelnen nicht weniger als im Allgemeinen erst ihren wahren Inhalt und ihre Begründung. Ihre sonst undeutlichen Umrisse treten dadurch bestimmter hervor, die Lücken werden ausgefüllt, und Alles erhält Farbe Es bleibt indessen doch sehr schwierig, das Recht der Novelle auch im Einzelnen richtig aufzufassen, und zu erkennen: und da mag dieß oder jenes noch zu verbessern oder zu ergänzen sein. Wichtige Beiträge besonders für diesen Theil verdanke ich meinem hochverehrten Lehrer Herrn Professor Hasse. Durch seine gütigen Mittheilungen wurde manches Fehlende nachgeholt, manches Falsche oder Schiefe berichtigt.

Besondere Schwierigkeiten hatte auch das fünfte dogmengeschichtliche Buch, wodurch das vorige vierte wesentlich ergänzt wird. Besonders interessant sind die nachjustinianischen Rechtsurkunden über unsern Gegenstand, welche noch vor den Glossatoren verfaßt wurden, indem sie gerade Zeugniß von dem praktischen Zustande des Rechts geben. Sie hielt ich daher besonderer Beachtung werth. Aber auch die Meinungen der Glossatoren und spätern Rechtsgelehrten bis auf unsre Zeit herab suchte ich möglichst vollständig darzustellen. Dazu bedarf man aber einer großen juristischen Bibliothek, wie ich sie hier nicht fand. Manches, nur leider nicht genug hatte ich schon in Berlin gesammelt, wobei mir vorzüglich die Güte meines großen Lehrers des Herrn Geh. O. R. R. von Savigny wohl zu Statten kam, der mir seine ungemein reichhaltige Bibliothek zu freiem Gebrauch

geöffnet hatte. Vieles andere habe ich indeß auch hier bekommen können, besonders durch die hülfreiche Gefälligkeit des Herrn Professor Puggé, wofür ich ihm meinen herzlichen Dank zu bezeugen schuldig bin. Man wird daher kaum Wesentliches vermissen, obgleich manches noch beigefügt werden könnte, dessen Benutzung mir nicht zu Gebote stand.

Die ganze Abhandlung beschäftigt sich nur mit dem Römischen Recht, und betrifft ähnliche Deutsche Institute gar nicht. Es lohnte sich zwar wohl der Mühe, auch diese letztern in ihrem Zusammenhang mit dem Deutschen und Römischen Recht überhaupt einer neuen Untersuchung zu unterwerfen. Dieß geschah indeß hier noch nicht aus verschiednen zumal subjectiven Gründen. Vielleicht werde ich später einmal Gelegenheit finden, auch diese Arbeit besonders vorzunehmen. Zur Einheit des Ganzen aber ist sie auf keine Weise erforderlich.

Bonn im Mai 1829.

Uebersicht des Inhalts.

Seite.
§. 1. Einleitung. 1

Erstes Buch.
Nichtigkeitssystem des Civilrechts und *jus adcrescendi*.

§. 2. Aeltestes Recht im Allgemeinen. 10
§. 3. Erbeinsetzung und Enterbung der Söhne in der Gewalt. 15
§. 4. Einsetzung und Enterbung der übrigen Kinder in der Gewalt. 22
§. 5. Wirkung der Uebergehung a) bei den Söhnen, Intestaterbfolge. 27
§. 6. b) bei den übrigen Kindern, jus adcrescendi. . 36
§. 7. Das Recht der Afterkinder (postumi). . . 43

Zweites Buch.
Prätorische Erbfolge gegen das Testament. *Contra tabulas bonorum possessio.*

§. 8. Begriff derselben. 60
§. 9. Personen, denen sie zukommt. 66
§. 10. Erfordernisse der Uebergehung. . . . 74
§. 11. Eröffnung und Wesen der c. t. b. p. . . 76
§. 12. Ihre Beziehung auf das vorliegende Testament. 87
§. 13. Verhältniß derselben zum Civilrecht. . . 96
§. 14. Neues Gesetz Justinians. 115
§. 15. *Contra tabulas b. p. parentis manumissoris.* . 117

Drittes Buch.

Lehre vom pflichtwidrigen Testament.

Querela de inofficioso testamento.

		Seite.
§. 16.	Bedürfniß und Einführung dieser neuen Klage.	129
§. 17.	Personen, denen sie zusteht.	141
§. 18.	Concurrenz derselben und Ausnamen.	154
§. 19.	Bedingungen des Klagerechts.	157
§. 20.	Insbesondere vom Pflichttheil.	161
§. 21.	Natur der Klage selbst.	172
§. 22.	Wirkung der Klage.	191

Viertes Buch.

Justinianisches Notherbenrecht. Novelle 115.

§. 23.	Uebersicht des alten und Grundzüge des neuen Rechts.	205
§. 24.	Gründe der Ausschließung.	222
§. 25.	Art der Nichtigkeit der Erbeinsetzung und Rechtsmittel.	234
§. 26.	Verhältniß der Novelle zum alten Recht.	245
§. 27.	Pflichttheil und Verhältniß zur neuen Intestaterbfolge.	255
§. 28.	Einzelne interessante Fälle.	261

Fünftes Buch.

Dogmengeschichte.

§. 29.	Rechtsurkunden vor den Glossatoren.	267
§. 30.	Die Glossatoren.	282
§. 31.	Die Scholastiker.	295
§. 32.	Die neuern Rechtsgelehrten.	299

Einleitung.

§. 1.

Zwei Principien zeigen sich, wie im Leben überhaupt, so auch sehr anschaulich im Leben des Römischen Rechts, das des Individuellen, Besondern und das des Generellen, Allgemeinen. Jenes tritt in seiner Kraft und Ausbildung besonders hervor im Jus Quiritium, dieses beseelt das Jus Gentium.

Das Recht der Quiriten, im weitern Sinne genommen, wurzelt tief im Wesen des Römischen Volkes. Mit diesem wird es erzeugt, wächst mit ihm kräftig auf, und bezwingt mit diesem die Welt. So finden wir die Idee der Herrschaft und Gewalt, welche im Römischen Staat überhaupt so mächtig wirkte, und Magistrate, Senat, Volk belebte, auch im Rechte wieder als sehr wesentliches Element. Da

erscheint sie als Gewalt des Bürgers über Weib, Kinder, Sclaven, Schuldknechte.

Wie das Recht im Innern Roms ursprünglich gespalten war in patricisches und plebejisches, wie beide sich ohne Zweifel wieder theilten, wie alle diese Gegensätze besonders durch die XII Tafeln zur Einheit wurden, davon sind nur noch sehr wenige, halb verwischte Spuren übrig geblieben, deren Leitung man nur mit großer Vorsicht sich vertrauen darf. Wie manches z. B., das ziemlich allgemein als patricisches Recht angesehen wird, dürfte wohl, wenigstens von Anfang blos Sabinisches sein, gehört also nur einem Stamme der Patricier an, die im Uebrigen wesentlich mit den Plebeiern, denen sie großen Theils urverwandt waren, dasselbe Recht haben mußten? Wie dem auch sein mag, das quiritische Recht erstarkte zu einem ernsten und kräftigen Ganzen, das in sich festverschlungen ein sicheres nationales Gepräge hatte. Seine Formen sind im höchsten Grade ausgebildet und halten sich wechselseitig zusammen. Das Dasein jedes einzelnen Gliedes ist durch das der übrigen bedingt. Alle zusammen bilden den eigenthümlich schönen Körper, dessen Gestalt und Züge so deutlich den Geist des Römischen Volkes selbst verkünden.

Aber Rom lebte nicht still und genügsam für

sich. Es sollte die Welt sich unterwerfen, und es erfüllte seine Bestimmung, und zwar gewiß am größten und dauerndsten durch sein Recht. Ausser ihm lagen die Völker, jedes mit eigenem Recht und eigenen Sitten. Doch hatten sich vorzugsweise Griechische Bildung, Sprache und Recht, besonders seit dem Untergange des Persischen Reiches, weit umher verbreitet über viele Länder und Völker. Aber Griechenlands Blüthe war längst dahin; im Rechte hatte es kaum je geblüht. Dieses hatte daher seinen individuellen Charakter großen Theils schon eingebüßt und war verallgemeinert, wenn man will, verflacht worden. Andere Völker waren mehr den Römern verwandt, und dem Einfluße ihrer Bildung mehr blos gegeben. Von vielen wissen wir leider nichts. Inwiefern die Römer, nachdem sie diese Völker bezwungen, ihre verschiedenen Rechte schützten, ist noch nicht gehörig untersucht. Daß aber allmählich im ganzen großen Weltreiche Römisches Recht als gemeines Recht galt, ist selbst in ziemlich früher Zeit schon sicher.

Die Römer erkannten gar wohl, mit ihrem hohen praktischen und politischen Sinn, wie sehr Einheit des Rechts die Staaten verbinde. So wie sie daher ihrer Sprache und Sitten überall allmählich Eingang zu verschaffen suchten, so auch dem Recht, und

diesem noch mehr als jenen. Denn es erstreckte sich auch über den Osten. Aber sie versuchten es nicht plötzlich durch einen Gewaltbefehl von oben das gesammte bestehende Recht einer Nation aufzuheben, und sie unter das ihre zu zwängen. Noch unterwarfen sie die Fremden überhaupt ihrem eigenthümlichen quiritischen Recht, dessen Nationalität sie sich wohl bewußt, und auf dessen alleinigen Besitz sie stolz waren. Sondern sie verglichen diese Rechte mit einander, entkleideten sie ihrer nationalen Tracht, schieden, so viel möglich, die Einzelnheiten aus, und hoben das Gemeinsame hervor. So bildeten sie ihr Recht der Völker, Jus Gentium, dessen Hauptbestandtheil gewiß Griechisch war. Nach diesem Rechte richteten sie die Provinzen, welches denselben keineswegs ganz fremd erschien, da sie ihren Rechtsstoff im Allgemeinen darin wieder fanden. Je mehr freilich ihre Eigenthümlichkeit erlosch, je mehr sie romanisirt wurden, desto mehr kam auch ihr altes Recht in Vergessenheit, desto vollständiger und ausschliessender herrschte dieses in gewissem Sinne doch neue Recht.

So lag der Stoff vor des Jus Gentium. Aber noch fehlte die so unentbehrliche Form. Denn die unglückselige Formlosigkeit, an der die neuere Zeit immer noch sehr krankt, war dem Geiste der Alten

überhaupt, auch unsrer Vorfahren, fremd. Die Form mußte werden und sie ward. Doch um zu sehen, wie? müßen wir nach Rom selbst zurück kehren. Hier hatte sich schon vieles von der alten Weise verloren, und manches, was früher des höchsten Ernstes würdig war, lag jetzt dem Spotte der neuen Geschlechter Preis gegeben. Der steigende Verkehr mit den Fremden, die eigene Entwicklung hatte neue Sitten und Bedürfnisse hervorgebracht. Das Jus Gentium drang auch in Rom ein und verlangte für seine Grundsätze Anerkennung. Aber das alte civile Recht blieb unbeweglich fest, und hielt in sich zusammen dem neuen Drang entgegen, mochte es auch in Manchem durch Gesetze und Juristen modificirt werden.

Da trat der Prätor in die Mitte, und schützte das Recht der Völker durch seine Machtvollkommenheit. Er gab ihm in seinem Edict eine rechtliche Form, und bot ihm sein reiches ächt römisches Klagesystem zur Hülfe an: kurz er schützte es in und mit der Form des quiritischen Rechts. Denn auch dieses erhielt bei ihm jede Anerkennung; ja er wagte das Jus Gentium bloß so aufrecht zu erhalten, daß er ihm die äußere Gestalt des Jus civile zu verschaffen suchte. Das strenge Recht der Quiriten bildete formel den eigentlichen Kern des prätorischen Systems, welches das freiere Recht der Völker nur insofern

zugleich umfaßte und handhabte, als es sich dem ersten vergleichen ließ, ihm ähnlich war. Dennoch war das Letztere wieder recht eigentlich der Geist dieses Systems, dessen ja das Civilrecht nicht so bedurft hätte. So standen sich nun das Recht der Quiriten und das der Völker schon weniger feindselig gegenüber, da dieses die Gestalt von jenem geborgt hatte, und beide wirkten gegenseitig mächtig auf einander ein, das erstere vorzüglich durch seine Form, das letztere mehr durch seine Grundsätze: wiewohl beides sich nicht scharf trennen läßt. Trat aber das alte quiritische Recht dem neuen gemeinen sehr entgegen, so wich der Prätor anfangs gleichsam mit scheuer Ehrfurcht vor dem daher schreitenden Bilde der gefeierten Vorfahren aus, bog ab von der graden Straße, und erreichte auf Neben- und Umwegen doch am Ende meistens sein Ziel. Das Ansehn des Jus Gentium wuchs indeß von Tag zu Tag immer mehr, je mehr der eigentlich Römische Charakter sich verlor, und von der Zeit verwischt wurde: und es erhielt endlich bei jedem Streite mit dem alten Rechte den Sieg.

So hatte es jetzt in Rom seine wahre Kraft, eine feste Form bekommen; und mit den Römischen Waffen ausgerüstet unterwarf es jetzt leicht und daurend die Provinzen. Als es keine Römer mehr gab und christliche Kaiser auf Griechischem Throne

das Reich regierten, da war auch das alte Recht der Quiriten großen Theils unter gegangen. Manchem schon längst erstorbenen Institute der Vergangenheit läutete endlich Justinian zu Grabe. Das Jus Gentium aber herrschte allgemein, nicht mehr durch Umschweife, sondern direkt, nicht mehr als prätorisches, sondern als neues, civiles Recht; denn die Kaiser versahen es mit gesetzlicher Sanction. Mit Fug aber heißt dasselbe Römisches Recht: denn es ward von Römern so ausgebildet, es besaß Römische Form und hatte einen großen Theil des Quiritischen Rechtsstoffes mit jener in sich aufgenommen: kurz es konnte nur in Rom sich so gestalten.

Diese Entwicklung des Römischen Rechts läßt sich ganz besonders auch in der Geschichte des Erbrechts deutlich erkennen, und so namentlich in dem Theil desselben, welcher den Gegenstand der folgenden Abhandlung ausmacht, der Erbfolge gegen das Testament, oder richtiger: gegen den letzten Willen. Der Begriff derselben läßt sich mit wenig Worten deutlich machen. Entweder hatte nämlich ein Verstorbener über den Nachlaß in einem vom Recht anerkannten Testament verfügt, und sich selbst seine Repräsentanten nach dem Tode erwählt, oder er hatte es nicht gethan. In jenem Fall ging die Erbfolge seinem Testamente gemäß vor sich.

In diesem rief das Gesetz die Familie zur Succession.

Nun sollte aber die Familie geschützt werden, bis auf einen gewissen Punkt gegen die Willkühr des Erblassers. Er sollte sie nicht leichtsinnig von der ganzen Erbschaft ausschließen dürfen. Die Familie erhielt daher ein Erbrecht wider seinen letzten Willen. Dieser Zweck ward indeß auf verschiedene Weise zu erreichen gesucht. Das Civilrecht schlug einen andern Weg ein, als das prätorische. Wir müssen also vor allem diese beiden Systeme sorgfältig trennen.

Beide aber füllten eine sehr beträchtliche Lücke nicht aus. Der Prätor hatte zwar auch hier das Jus Gentium sehr beachtet, aber er schloß sich auf der andern Seite wieder zu nahe an Formen des Civilrechts an, als daß er jenem ganz hätte willfahren können. Deßhalb halfen die Juristen durch den Schutz ihrer Lehre, und gewährten der Stimme des Volks und der Zeit Anerkennung.

Endlich vereinigte Justinian durch seine Gesetzgebung weise die noch streitenden Systeme, und verschaffte dem Jus Gentium das entschiedendste Uebergewicht. Daraus ergibt sich die Eintheilung dieser Abhandlung von selbst in 4 Bücher. Im ersten wird das civile Nichtigkeitssystem, im zweiten die

prätorische Erbfolge gegen das Testament, im dritten die Lehre vom pflichtwidrigen Testamente, im vierten das Justinianische Notherbenrecht dargestellt werden. In einem fünften und letzten Buche sollen endlich noch die Ansichten der neuern Juristen über dieses sehr bestrittene Recht Justinians kurz angegeben und geprüft werden.

Erstes Buch.

Nichtigkeitssystem des Civilrechts und Jus adcrescendi.

§. 2.

Zur Zeit der XII. Tafeln wußte man von einer Erbfolge gegen ein Testament noch nichts. Entweder hatte nämlich der Römische Bürger seinen letzten Willen feierlich erklärt, mochte er diesen der Versammlung der Geschlechter, oder dem zur Schlacht gerüsteten Heere, oder endlich durch die Form des Erzes und der Wage kund gethan haben; dann hatte derselbe volle unumstößliche Gültigkeit. Oder der Verstorbene hatte nicht über seinen Nachlaß verfügt: dann theilte sich seine Familie in die Erbschaft. Jener letzte Wille war aber durchaus nicht auf gewisse Personen beschränkt. Der Erblasser konnte willkührlich sein Vermögen zuwenden, wem er wollte. So durfte er namentlich nach Belieben seine Kinder, seine sämmtlichen Verwandten von dem ganzen Erbe ausschließen,

ohne daß seine Verfügung deßhalb von diesen angefochten werden konnte. Uti legassit, heißt es in den XII Tafeln, ita jus esto 1). Der ernannte Erbe trat ein in die Rechte des Verstorbenen, auch wenn er diesem gar nicht anverwandt war, und die Familie ging leer aus. Von einer Ausname, die indeß kaum schon um diese Zeit statt fand, wird weiter unten die Rede sein.

Diese so unbeschränkte Testirfreiheit hatte für die alte gute Zeit der Römer gewiß nichts Hartes. Denn wie sehr selten mochte es vorkommen, daß jemand die mit ihm so enge verbundene Familie nicht bedachte, und einen Fremden zum Erben ernannte? Später aber scheint das Gefährliche jenes Grundsatzes für die Familie mehr hervorgetreten zu sein, indem vielleicht manche, mit Uebergehung ihrer Kinder, einen vornehmen und mächtigen Parteimann, oder einen Lieblingssclaven oder Freigelassenen durch Erbeinsetzung zu gewinnen strebten.

Daher suchten die Römischen Juristen, diese Unbilligkeit zu zügeln. Den Grundsatz der XII Tafeln freilich, der die völlige Freiheit des letzten Willens aussprach, konnten sie nicht umstoßen, noch irgendwie wesentlich beschränken. Aber sie waren darauf

---

1) Ulp. XI. 14. Gaj. II. 224. L. 120. de V. S.

bedacht, ihn äußerlich und formel bestimmtern Regeln zu unterwerfen, die sie aber auch nicht willkührlich ersannen, sondern gewiß auf die Ansicht der Zeit und manche vorgekommene Beispiele gründeten.

Die Söhne in der Gewalt, sagten sie, bekommen durch den Tod ihres Vaters kein neues, ihnen fremdes Vermögen, sondern gewisser Maaßen nur ihr eigenes, dessen Verwaltung ihnen bei Lebzeiten des Vaters entzogen war, weil dieser sie selbst sammt dem Vermögen in seiner Gewalt hatte. Durch den Tod hört diese Gewalt auf, und nichts ist natürlicher, als daß die Söhne mit der persönlichen Unabhängigkeit auch die freie Herrschaft über ihr Vermögen erhalten, welches eben bis dahin auch das väterliche gewesen war. Darum sind sie auch nothwendig und unvermeidlich Erben des Vaters, sobald er kein Testament gemacht hat [2]). Gesetzt aber er verfüge wirklich durch

---

2) L. 11. de liberis et post. (Paulus) "In suis heredibus „evidentius apparet, continuationem dominii eo rem „perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse: quasi „olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quo„dammodo domini existimantur - - itaque post mor„tem patris non hereditatem percipere videntur, sed „magis liberam bonorum administrationem consequun„tur: hac ex causa, licet non sint heredes instituti, „domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, „quod et occidere licebat.„ Cic.: in Verr. I. 44.

Testament über seinen Nachlaß, so wird er sie natürlich in den meisten Fällen zu Erben einsetzen: aber es steht ihm auch frei, sie zu enterben, nur muß er dieses bestimmt und deutlich aussprechen. Stillschweigend übergehen darf er diese durch Natur und Recht so innig mit ihm verbundenen Personen nicht. Wie kann, wird angenommen, ein Vater fremde Leute zu seinen Erben ernennen, und seiner eignen Kinder gar keine Erwähnung thun im Testamente? Läßt ein solches Stillschweigen nicht darauf schließen, daß er im größten Irrthume befangen gewesen sei, als ob er keine Kinder habe, oder daß er sie aus irgend einem Grunde vergessen habe? Hätte er an seine Kinder gedacht, so hätte er seinen letzten Willen ganz anders abgefaßt, und diese zu Erben eingesetzt. Denn aus dem bloßen Nichterwähnen läßt sich keineswegs bei so nahen Verwandten auf die Absicht, sie zu enterben, schließen. Kurz das Testament enthält nicht den wahren Willen des Erblassers, da es die natürlichsten Bestimmungen ganz vergißt, und ist daher ungültig. So entstand schon in Ciceros Zeiten die Regel: der Vater kann seine Kinder in der Gewalt

---

„Quibuscum vivi bona nostra partimur, iis praetor „adimere, nobis mortuis, bona fortunasque poterit? Vg. Gaj: II. 157.

zu Erben einsetzen, oder enterben, nicht aber stillschweigend übergehn.

Man sage nicht, die Römischen Juristen haben bloß eine unnütze Form hinzuerfunden, der Sache selbst aber in nichts geholfen. Denn so wurde nicht bloß für die Fälle gesorgt, wo ein Vater wirklich seinen z. B. ins Feld gezognen Sohn fälschlich tod glaubte, sondern es ist immer noch ein ziemlicher Schritt vom bloßen Uebergehen zum bestimmten Aussprechen der Enterbung, wobei sich der Testator die Sache noch wohl einmahl recht überlegen kann: zumal wenn man an die früher gewöhnlichen mündlichen Testamente und die Gegenwart der sieben Römischen Bürger oder gar des Volkes denkt, das unnatürliche Härte gewiß verabscheute. Endlich war die Form der Enterbung so vielfach beschränkt, daß sie leicht bei der geringsten Verletzung derselben für ungültig erklärt werden konnte.

Jene Regel soll nun im Einzelnen erörtert werden. Sie führt uns daher auf die drei Fragen: Was für Personen muß der Vater entweder einsetzen oder enterben? Wie muß dieses geschehen, daß kein Uebergehen derselben angenommen wird? Welches sind

3) Ueber den häufigen Gebrauch mündlicher Testamente vg. auch Sueton. Calig. 38.

die Folgen eines stillschweigenden Uebergehens? Die beiden ersten werden sich indeß füglich zusammen behandeln lassen.

§. 3.

Im Allgemeinen sind es die sui heredes, von denen jene Regel gilt, d. h. die Kinder, welche unmittelbar in der väterlichen Gewalt des Erblassers stehen. Doch ist hier sui in einem engern Sinne gebraucht, im Gegensatz der postumi, mit denen es eine ganz andere Bewandniß hat, und bezieht sich auf den Zeitpunkt der Errichtung des Testamentes.

Unter diesen Kindern haben nun vorzugsweise die Söhne ein besonderes Recht, weßhalb wir sie von den übrigen Kindern in der Gewalt wohl trennen müssen. Es ist übrigens gleichgültig, ob sie auf natürlichem oder künstlichem Wege, z. B. durch Adoption in die Gewalt des Vaters gekommen sind. Die Söhne sollen nun entweder zu Erben eingesetzt oder enterbt werden. Die Erbeinsetzung unterliegt im Allgemeinen den gewöhnlichen Bestimmungen, und nur wenige specielle treten neu hinzu. Vor allem ist nicht zu denken an einen bestimmten Pflichttheil, auf den der Sohn mindestens angewiesen werden müßte. Setzt der Vater ihn auch nur auf einen Hun-

derttheil seines Vermögens ein, so ist dieß eben so gültig, und wirksam, wie wenn er ihn zum Gesammterben ernannt hätte [4]). Dagegen muß die Einsetzung direkt geschehen und darf nicht etwa durch ein Fideicommiß vermittelt werden: was sich eigentlich von selbst versteht, da der fideicommissarius heres kein wahrer Erbe ist, im Sinne des alten strengen Rechts [5]).

Das Wichtigste aber ist, daß ihr keine Bedingung beigefügt werden darf, deren Erfüllung nicht in der Macht des Sohnes steht. Denn in diesem Fall ist ja die Einsetzung desselben ganz unsicher, was dem Wesen unserer Regel, die bestimmte Einsetzung oder Enterbung fordert, widerspricht. Doch kann der Vater jene Ungewißheit vermeiden, indem er zugleich den Sohn auf den Ausfall der Bedingung hin enterbt: so nämlich ist sein Wille vollkommen deutlich erklärt. Wenn er z. B. sagt; Mein Sohn Gajus sei Erbe, wenn Titius zur Zeit meines Todes verheirathet sein wird; im umgekehrten Fall sei Gajus enterbt — so ist dieß gültig. Wäre dagegen die Enterbung nicht hinzu gefügt, so wüßte man, wenn z. B. Titius noch unverheirathet wäre, nicht, was dann der Testator

4) Vg. L. 8. §. 14. de bon. poss. contra tab.

5) L. 27. §. 12. ad SCtum Trebell. Vg. c. 36 §. 1. C. de inoff. test.

gewollt hätte in Betreff seines Sohnes, und die Absicht, diesen auszuschließen, darf ihm im Zweifel nicht untergeschoben werden. — Hängt hingegen die Erfüllung einer solchen Bedingung von der Willkühr des Sohnes ab, was man Potestativbedingung nennt, so kann sie völlig wirksam mit der Einsetzung verbunden werden. Denn wenn der Sohn nicht erfüllt, so zeigt er dadurch, daß er die Erbschaft nicht haben wolle; der Wille des Vaters aber ist durchaus deutlich, und von Uebergehen des Sohnes kann keine Rede sein, wo Erwerb sowohl als Ausschlag der Erbschaft in die Hände desselben gelegt sind [6]).

Bedeutender sind die formellen Beschränkungen, an welche eine wirksame Enterbung, die den Juristen überhaupt verhaßt war, geknüpft ist.

Diese muß nämlich nominatim geschehen, d. h. mit genauer individueller Bezeichnung des Enterbten, so daß gar kein Zweifel darüber mög-

---

6) c. 4. C. de instit. et subst. (Imp. Alexander) »Si pa»ter filium, quem in potestate habebat, sub conditione, »quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, »nec in defectum ejus exheredavit, jure testatus non »videtur.« L. 83. de cond. et demonst. L. 28 pr. de lib. et post. L. 4. L. 6. pr. L. 86. de her. inst. L. 20. §. 4. de bon. libert. L. 1. §. 8. de suis et legit. L. 15. L. 28. de condit. instit. Theoph. ad pr. I. de exher: lib.

lich ist, ob ein Sohn und welcher exheredirt sei [7]. Daß der Name des Enterbten beigefügt werde, wie manche Neueren aus jenem nominatim folgern wollen, ist keineswegs nothwendig, obgleich dieß der gewöhnlichste Fall sein wird. Wenn ich sage: Mein Sohn ist enterbt, und ich nur einen habe, oder: Der Sohn der Seja sei enterbt, und dieser mein einziger Sohn ist, so ist dieß eben so gültig, wie die Formel: Mein Sohn Titius sei enterbt [8]. Führt der Vater zugleich einen Grund an, warum er den Sohn enterbe, und ist dieser falsch, so hat auch die Enterbung

---

7) Gaj. II. 123. 127. Ulp. XXII. 14. 20.

8) Servius ad. Virg. Aen. IV. 674. Gaj.: II. 127. L. 1. L. 3. pr. de lib. et postumis. L. 3. §. 5. de injust. rupt c. 4. C. de lib. praet. Theoph. ad pr. I. de exhered. — L. 2. de liber. et post. (Ulp.) »Nominatim exheredatus filius et ita videtur: Filius meus exheres esto, »si nec nomen ejus expressum sit, si modo unicus »sit: nam si plures sunt filii, benigna interpretatio»ne potius a plerisque respondetur, nullum exhere»datum esse.« Die in den letzten Worten angedeutete abweichende Ansicht anderer Juristen bezieht sich gewiß bloß auf den Fall, wo sich sonst, nur nicht aus diesen Worten, leicht ermitteln ließ, welcher Sohn gemeint sei. Darüber, daß er überhaupt sicher bezeichnet werden müsse, waren alle einig. Nach Ulpians und der meisten übrigen Meinung soll dieß aber durch den Ausdruck der Enterbung selbst geschehen. Vg. im Allg. *Cujac.* Commen. ad. L. 1. 2. D. de lib. et post.

keine Wirkung, da sie aus Irrthum entstanden ist. Auch hier wird dieß zu Gunsten des Sohnes so ausgelegt, ganz anders als bei der Erbeinsetzung, wo bekanntlich eine falsche beigefügte Ursache nichts schadet 9).

Justinian hat uns die historische Notiz überliefert 10), daß man den Sohn vor Zeiten nicht blos nominatim, sondern auch inter ceteros d. h. in einer allgemeinen Formel, ohne individuelle Bezeichnung, enterben konnte. Ich möchte diese Nachricht, wie sie gewöhnlich und wohl von Justinian selbst verstanden wird, bezweifeln, obgleich dieß eigentlich nicht undenkbar wäre, und sie eher auf die Zeit beziehen, wo nicht allein jede Exheredation, sondern auch jede Präterition vollkommen gültig war. Denn zu Ciceros Zeit war die Unzulässigkeit der letztern noch nicht ganz außer Zweifel gesetzt, und doch schon damals das Requisit des nominatim der Enterbung beigeordnet 11).

---

9) L. 14. §. 2. de lib. et post. (Afric.) »Si quis ita scripserit: Ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto: hanc exheredationem ita *nullius momenti* esse ait, si *probetur* ex eo natus.« L. 15. eod. L. 1. §. 9. de Carbon. Edicto.

10) c. 4. C. de lib. praet. »Scimus etenim *antea* simili modo, et filium et filiam, et alios omnes *inter ceteros* exheredatos scribere esse concessum.

11) Cic. de Orat. I. 38. »Nempe in ea causa *quaesitum* est *de iure civili*, possetne paternorum bonorum exhe-

Diese damalige Stellung unsrer Lehre beweist übrigens sehr klar, wie sie durch die Juristen erst nach und nach gebildet wurde. Ferner muß die Enterbung, um aufrecht erhalten zu werden, rein, pure gemacht, d. h. sie darf an keine Bedingung geknüpft sein. Der Vater soll ein bestimmtes Urtheil haben, und sich entschieden ausdrücken [12]. Eine Ausname, die

---

res esse filius, quem pater testamento *neque heredem neque exheredem* scripsisset *nominatim*. Vg. Val. Max. VII. 7. 1. und besonders Cic. de Orat. I. 57., wo die Vertheidiger des Testaments sich auf die XII Tafeln zu stützen scheinen. Vg. Schulting ad Ulp. XXII. 14. (Ius civ. A. I. p. 368.) und des nämlichen Commentat. academ. Vol. I. p. 276. A. W. Förster glaubt, der Streit drehe sich bei Cicero blos um die Frage, ob auch eine nicht namentlich gemachte Enterbung, wenn sie nur allgemein, inter ceteros, ausgesprochen sei, genüge oder nicht. Allein dann hätte sich theils Cicero sehr ungenau und undeutlich ausgedrückt: theils enterbte der Vater seinen Sohn hier nicht inter ceteros, sondern überging ihn wirklich, eben weil er glaubte, derselbe sei im Felde umgekommen. Siehe Försters treffliche Schrift: De bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum dissertatio. Vratisl. 1823. §. 25. 26. — L. 25. pr. de lib. et post. wird mit Unrecht hieher gezogen; denn es ist nur scheinbar eine inter ceteros exheredatio, weil ein einziger Sohn vorhanden ist.

12) L. 3. §. 1. de lib. et post. L. 18. pr. de. bon. poss. c. t. Ueber die nähere Ausführung im Einzelnen vg. Försters Bon. poss. Cap. I. §§. 15.—19.

sich sehr leicht erklären läßt, wurde oben schon erwähnt [13]).

Endlich darf sich die Enterbung nicht auf einen einzelnen Theil, eine bestimmte Quote der Erbschaft beziehn, sondern muß den ganzen Nachlaß betreffen. Sind daher mehre Erben eingesetzt, so muß der Sohn in Bezug auf alle diese enterbt werden [14]). Ganz anders verhält es sich dagegen mit den Graden. und mit Unrecht wird gewöhnlich die Regel aufgestellt: der Sohn müsse, damit die Enterbung gültig sei, von allen Graden ausgeschlossen werden. Daß dieß nicht so sei, wird sich unten zeigen. Was zu diesem Irrthum aber verleitete, ist die ähnliche Art, nach welcher der Wille des Erblassers in Rücksicht auf mehre Erben und mehre Grade ausgelegt wird. Dahin gehört z. B. die Regel, daß eine gleich im Anfang des Testamentes ausgesprochne Enterbung sich auf alle Erben und alle Grade beziehe [15]).

---

13) S. 17. not. 6.

14) L. 3. §. 2. de lib. et post. (Ulp.) — »nisi forte ab »unius persona eum testator exheredaverit; nam, si »hoc fecit, vitiosa erit exheredatio:« L. 19. eod. L. 68. fin. de hered. instit.

15) L. 3. §. 3. de lib. et post. »Ante heredis institutionem »exheredatus, ab omnibus gradibus summotus est.« L. 3. §. 4. 5. 6. eod. L. 1. pr. de hered. inst. L. 3. §. 2. de ini. rupt. c. 1. C. de lib. praet.

§. 4.

Weniger begünstigt als die Söhne sind die **übrigen Kinder in der Gewalt**. Einen ähnlichen Unterschied finden wir auch in andern Verhältnissen beobachtet, z. B. in der Form der Emancipation. Wie alt er aber in unsrer Lehre sei, läßt sich nicht ermitteln, eben so wenig als die Frage, ob er bloß durch Gewohnheitsrecht und die Lehre der Juristen oder aber durch irgend ein Gesetz entstanden und so ausgebildet worden sei.

Zu diesen Kindern werden übrigens nicht allein die ächten Töchter, Enkel, Enkelinnen u. s. w. gezählt, sondern auch alle, welche durch Adoption an deren Statt getreten sind [16]. Ferner gehört dahin die Frau, welche in der strengen Ehe, der Kindschaft [17] ihres Mannes lebt, da sie juristisch als Tochter desselben betrachtet wird, die Sohnsfrau, wenn ihr Mann nicht aus der Gewalt des Vaters entlassen (emancipirt) wurde, indem sie einer Enkelinn desselben gleich steht [18].

Auch alle diese Personen nun dürfen nicht prä-

---

16) Gai. II. 124. pr. I. de exher. liber.

17) Niebuhr Röm. Gesch. Bd. I. S. 257. 3te Aufl.

18) Ulp. XXII 14.

terirt, sondern müssen entweder zu Erben eingesetzt oder enterbt werden. Dieß scheint in offenbarem Widerspruch zu stehn mit der lex Voconia, welche die Erbeinsetzung einer Frau, die Tochter selbst nicht ausgenommen, verbot. Doch läßt sich diese Schwierigkeit durch die Anname heben, das Verbot habe nur diejenigen Frauen betroffen, welche am Vermögen des Testators gerade kein Intestaterbrecht gehabt hätten, unter welche die Töchter in vielen Fällen auch gehörten [19]. Hasse hat indeß in seinen neusten Untersuchungen über diesen Gegenstand gezeigt, daß eine solche Anname höchst zweifelhaft und unwahrscheinlich sei, und daß die Sache, im praktischen Effecte betrachtet, bei weitem nicht so schlimm sei, als sie anfangs aussehe, wenn man auch die lex Voconia auf die Töchter in der Gewalt ausdehnt. Für diese heißt also das Gebot: sie sollen ausdrücklich enterbt werden, oder das Präteritionsrecht tritt ein; denn die Einsetzung war ungültig. Wollte daher ein Vater seiner Tochter einen Theil seines Vermögens hinterlassen, und dennoch ein Testament errichten, so

---

19) Vg. besond. v. Savigny über die lex Voconia in den Abhandlungen der Berl. Akad. v. J. 1820. Hist. phil. Kl. S. 209—238. Hugo Rechtsgesch. 10te Aufl. S. 360. Cic. de Rep. III. 10.

konnte er diesen Zweck auf verschiedene Weise erreichen. Entweder er enterbte sie und vermachte ihr ein großes Legat, oder er überging sie, wobei das Ius adcrescendi helfend eintrat. Dieses trug gerade dazu bei, den Widerspruch der gesetzlichen Erbfolge mit der lex Voconia, indem jene die Tochter nothwendig zur Erbschaft rief, diese sie ausschloß, zu vermitteln. Es führte nämlich auf Umwegen die Tochter zur Erbfolge, und die Consequenz der lex Voconia war gerettet [20].

Was die Erbeinsetzung betrifft, so war deren Gültigkeit nicht so beschränkt, wie bei den Söhnen. So ist es ganz gleichgültig, von welchen Bedingungen sie abhängig gemacht werde, ob diese von dem eingesetzten Enkel z. B. erfüllt werden könne oder nicht [21].

Auch die Enterbung braucht eben nicht nominatim sondern kann auch inter ceteros geschehen, d. h. durch eine allgemeine Formel, in der man alle diejenigen Personen zusammenfaßt, die man zu enterben gedenkt, und die doch nicht stillschweigend über-

---

20) Hasse zur lex Voconia im Rhein. Mus. Bd. III. S. 183 ff. §. 15.

21) L. 4. pr. L. 6. §. 1. de hered. inst. (Ulp.) „*Nepotes* autem «et deinceps ceteri, qui ex lege Velleia instituti non »rumpunt testamenta, *sub omni conditione* institui »possunt, *etsi redigentur ad filii conditionem*.« L. 1. §. 8 de suis et legit.

gangen werden dürfen. Sie lautet gewöhnlich: Ceteri exheredes sunto, alle übrigen seien enterbt [22]. Der Unterschied zwischen dieser Art der Enterbung und der Präterition zeigt sich namentlich darin, daß der Wille des Erblassers, einen so nahen Verwandten von dem Nachlaß auszuschließen, in jenem Fall zwar nicht speciel, wohl aber im Allgemeinen formel und bestimmt ausgesprochen wird, in diesem Fall dagegen erst noch vermuthet und geschlossen werden muß. Dieses letztere aber soll eben nicht möglich sein zum Nachtheil des Enkels. Grade weil eine gültige Enterbung nur ungern von den Juristen anerkannt wird, und sie dieselbe nie durch Auslegung begünstigen [23], so wird es auch sehr wahrscheinlich, daß sie auch bei diesen Personen im Uebrigen ganz an die nämlichen Bedingungen geknüpft sei, die wir oben bei den Söhnen angetroffen haben. Mit Gewißheit läßt sich indeß nichts behaupten, da uns alle Nachrichten darüber mangeln.

Auf diese Personen nun war jenes Verbot der stillschweigenden Uebergehung im Testament beschränkt, und selbst bei diesen ist noch einer Ausname zu er-

---

22) Ulp. XXII. 20. Theoph. ad. pr. I. de exhered.

23) L. 19. de lib. et post. (Paul.) — »aliamque causam esse »institutionis, quae benigue acciperetur; *exheredationes autem non essent adiuvandae.*«

wähnen. Den Soldaten nämlich, die überhaupt im Erbrecht außerordentlich begünstigt wurden, war es gestattet selbst ihre Söhne zu präteriren [24]). Nach einem Edict des Kaisers Augustus durften sie sogar überhaupt nicht enterbt werden von ihrem Vater. Dieses Recht wurde aber später wieder aufgehoben, und sie in dieser Beziehung den übrigen Kindern in der Gewalt gleich gestellt [25]).

Gar keine Ansprüche auf ein solches Bedenken im Testament hatten außer allen bloßen Agnaten auch die Söhne, welche aus der väterlichen Gewalt entlassen waren, durch Emancipation oder Adoption oder irgend eine capitis diminutio überhaupt. Denn durch diese wurde der civile Nexus der Familiengewalt und sonach jedes engere rechtliche Verhältniß zwischen Vater und Sohn zerstört. Eben so wenig mußte aber auch die Mutter in ihrem Testament auf ihre Kinder Rücksicht nehmen; diese hatten ja nicht einmal ein Intestaterbrecht an dem Vermögen derselben, und standen überhaupt in gar keiner civilen Verwandtschaft mit ihr. Denn die Mutter hatte keine Gewalt über die Kinder, folglich auch keine sui. Nur wenn sie in der

---

24) Lex Rom. Burgund. 45. (bei Schult. 44) §. 6. I. de exhered. liber.

25) L. 26. de lib. et post.

strengen Ehe (manus) lebte, und als Tochter in der Gewalt ihres Mannes stand, war auch ein gegenseitiges Erbrecht zwischen ihr und ihren Kindern denkbar. Diese beerbten sie als ihre Schwester; sie ihre Kinder als Brüder und Schwestern. Seitenverwandte haben kein Recht auf ein solches Bedenken im Testament, sondern bloß die Kinder in der Gewalt. Folglich war selbst in diesem Falle weder die Mutter genöthigt, ihre Kinder entweder einzusetzen oder zu enterben, noch umgekehrt die Kinder, der Mutter in ihrem Testament zu erwähnen: so wie überhaupt Descendenten nie auf ihre Ascendenten Rücksicht nehmen mußten, und nie von diesen beerbt wurden, wenn sie ohne Testament verstarben.

§. 5.

Was ist nun die Wirkung einer solchen Präterition, sie mag nun in einer völligen Nichterwähnung oder einer ungültigen Einsetzung oder unstatthaften Enterbung bestehen? Auch hier müssen wir wieder den Sohn von den übrigen Kindern trennen; denn gerade in den Folgen einer solchen Uebergehung zeigt sich der Unterschied sehr bedeutend.

Ist der Sohn übergangen, so ist das ganze Testament nichtig, es hört nicht bloß auf zu sein, sondern existirt von Anfang an nicht. Obgleich ein ge-

schriebnes Testament vorgezeigt wird, juristisch ist es kein Testament. Unmittelbar und nothwendig tritt die Intestaterbfolge ein; gerade wie wenn in einer letzten Verfügung kein Erbe eingesetzt worden ist, die eben darum auch kein Testament sein kann.

Freilich war selbst in Gajus Zeit diese Ansicht zum Theil noch bestritten. Die Proculeianer nämlich behaupteten, wahrscheinlich durch ein Gefühl der Billigkeit geleitet, welches nachher auch den Prätor zu seinen Bestimmungen bewog, aber gewiß weniger streng consequent: man müsse nicht blos auf die Zeit der Errichtung des Testaments sehn, sondern auch auf die Zeit des Todes des Testators. Erst dann werde es vollkommen und unwiderruflich ungültig, wenn der präterirte Sohn den Vater überlebe. Sterbe er aber vor diesem, so hindere nichts die geschriebnen Erben, sich auf das Testament zu berufen und anzutreten. Gajus dagegen und seine Schule vertheidigten die andere Meinung, daß das Testament in jedem Fall unwirksam sei, und nie mehr zu Kräften gelangen könne. [26])

Diese letztere Meinung der Sabinianer erhielt auch das Uebergewicht, und in den Justinianischen

---

26) Gaj. II. 123.

Institutionen, denen auch hier Gajus zum Grunde liegt, wird blos sie erwähnt, die entgegengesetzte aber, obgleich sie Gajus anführte, ganz übergangen 27).

Darüber waren aber beide Schulen ganz einig, daß der Vater, wenn ein übergangener Sohn ihn überlebe, als intestatus sterbe, und die gesetzliche Erbfolge unmittelbar eintrete. 28) Daraus folgt aber mit Gewißheit, daß nach dem alten Civilrecht von einer dritten Erbfolge gegen ein Testament keine Rede sein kann, wenigstens beim Sohne.

---

27) Pr. I. de exhered. lib. Theoph. ad h. l. Vg. den Westgoth. Gajus II. 3. pr. §. 1. L. 7. L. 30 de lib. et post. L. 3 §. 3. de inj. rupto. Vg. auch bes. die L. 8. de lib. et post. unten.

28) Gaj. : l. c. „diversae scholae auctores — — et illum (sc. filium praeteritum) *ab intestato* heredem fieri *confitentur.*" L. 1 de inj. rupto etc. (Papin.) „Testamentum aut non jure factum dicitur, ubi solemnia juris defuerunt: aut *nullius esse momenti*, cum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est: aut rumpitur alio testamento etc." Ulp. XXII. 16. L. 32 de lib. et post. L. 3 §. 3. de inj. rupto. L. 15 pr. L. 16 de leg. praest. c. 4 C. de lib. praet. ab init. c. 2 c. 3 C. de post. Der Fall bei Cic. in Verr. I. 45. gehört auf keinen Fall hieher, da sonst nicht die gens zunächst zur Erbfolge berufen sein könnte. Vg. auch *Averanius* Interp. Jur. L. I. c. 10 (edit 3 Lugd. Bat. 1753. tom. I. pag. 114 — 128).

Es ist freilich ein Aufsatz des Erblassers da, worin er seinen letzten Willen ausspricht, und insofern ein Testament, aber nur in materiellem Sinne. Juristisch ist es nicht da, eben so wenig als ein letzter Wille, in dessen Form ein Zeuge fehlte, als gültiges Testament angesehen wird. Das Recht betrachtet es nicht als Testament, und schützt es auf keine Weise. Es nimmt überhaupt gar keine Notiz davon. Ganz anders verhält es sich mit der bonorum possessio contra tabulas des Prätors. Da ist wirklich ein Testament vorhanden, welches vom Recht als solches anerkannt wird, wie sich weiter unten ergeben wird. Entweder ist also ein Testament vorhanden, d. h. ein gültiges; dann steht die testamentarische Succession offen, oder es ist kein Testament da; dann erfolgt die Intestaterbfolge. In diesem letzten Glied ist unser Fall ganz enthalten, und spielt auf keine Weise in das erste über. Es ist kein Testament da; also ist auch eine Erbfolge gegen ein Testament ganz undenkbar, und es kann blos von der gesetzlichen Erbfolge gesprochen werden. So einleuchtend dieß aber ist, so wird es doch von den meisten neuern Juristen verkannt, die den drei prätorischen Erbfolgen, der Bonorum possessio contra tabulas, secundum tabulas, und intestati, in demselben Sinne eine civile successio contra tabulas, secundum tabulas und intestati

entsprechen lassen. Mit jenen hat es aber eine ganz andere Bewandniß, als mit diesen; ohne jene wäre gewiß niemand auf eine solche Eintheilung gekommen. Damit behaupte ich indeß keineswegs, daß eine solche Anordnung der Materien zu verwerfen sei, die sich aus andern methodischen Gründen sehr empfiehlt; nur darf man nicht übersehen, daß eine sogenannte civile contra tabulas successio nichts weiter als die gewöhnliche Intestaterbfolge sei, die allerdings hier zugleich eine Erbfolge gegen den letzten Willen (in blos materiellem Sinne genommen) des Verstorbenen ist, durchaus aber nicht gegen sein Testament.

Weil nun, wie wir gesehen haben, das Testament ipso iure nichtig ist, so bedarf es natürlich auch keines Rechtsmittels, um diese Ungültigkeit erst noch hervorzubringen. Die gesetzliche Erbfolge ist offen, und den von ihr berufenen Erben stehen die Erbschaftsklagen zu, z. B. die hereditatis petitio ab intestato. Die von den Neuern erfundene völlig unrömische querela nullitatis ist daher ein wahres Unding, und es ist unbegreiflich, wie lange man an ein so ungereimtes Wesen glauben konnte, und zum Theil jetzt noch glaubt. Gegen nichts, und das ist eben jene nullitas, kann man doch nicht klagen; noch

erst nichtig machen, was gar nicht mehr vorhanden ist. [29])

---

29) Samuel von Cocceji hat dieß schon ziemlich eingesehn, fällt aber, wie ich glaube, in den nämlichen Fehler zurück, dem er schon entgangen war, wenn er sagt: „si alter excipiat, testamentum adesse, tunc replicatur, id non valere et nullum esse." Jus civ. controv. Francof. 1729. Lib. V. tit. 2. Auch hier ist keine solche Replicatio nullitatis nöthig. Der Kläger braucht blos die Wahrheit der exceptio zu läugnen, die der Beklagte rechtfertigen muß, und es doch nicht kann, wenn das Testament wirklich nichtig ist. Seitdem bestritt namentlich Haubold, wiewohl etwas schüchtern, diesen Wahn der Neuern in seiner Inauguraldissertation: „de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum." Lips. 1784. p. 6. Sein Schüler dagegen, v. Hartitzsch (Erbrecht. Leipzig 1827. p. 116), spricht wieder ganz getrost von der querela nullitatis. Wenn aber selbst Thibaut zwar nicht den Namen, aber das Wesen des Irrthums wiederholt, in den Worten: »Wenn das, was das ältere Civilrecht in Rücksicht der Form der Einsetzung oder Enterbung fordert, nicht beobachtet ist, so wird das Testament von den Civilnotherben als vom Anfang an nichtig (nullum) angefochten,« System des Pandektenrechts, 7te Aufl. §. 815. B. II. S. 236. Vg. auch §. 816. u. 817., wo sogar der Name »Nichtigkeitsklage« vorkommt — so traut man seinen Augen kaum. Ebenso Mühlenbruch, Doct: Pand. §. 578. Vg. Förster l. c. §. 21. Valett Notherbenr. §. 17. Geßner, Observ. de jure succed. contra testam. pag. 16.

Es bedarf übrigens kaum einer Erwähnung, daß wenn das Testament ungültig ist, auch Alles, was darin enthalten war, nicht blos die Erbeinsetzung, sondern eben so auch alle Legate, Fideicommisse und übrige letzte Verfügungen des Erblassers keine Wirksamkeit mehr haben.

Waren mehre Grade eingesetzter Erben vorhanden, so wurden keineswegs alle diese nothwendig zerstört durch Präterition des Sohnes, sondern blos der, in welchem derselbe wirklich weder eingesetzt noch enterbt war, die übrigen blieben wirksam. Es verhielt sich ebenso, wie wenn mehre Testamente errichtet wurden, und eines von diesen gleich von Anfang an fehlerhaft gemacht ward, und so seine Nichtigkeit bei seiner Entstehung schon in sich trug. Beispiele werden dieß am besten erläutern und zugleich das Obige mit bestätigen.

L. 75 de hered. instit.

Papinianus lib. 12 Quaest. Si filius substituatur ei, a quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem: quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus.

Ein Vater setzte Titius zum Erben ein, mit Uebergehung seines Sohnes. In so weit ist das Te-

stament nichtig, und der Sohn kann ab intestato als Erbe auftreten, wenn ihm nichts im Wege steht, als diese Erbeinsetzung. Gesetzt nun aber, der Vater hätte dem Titius in Gajus einen Substituten gegeben, und bei dieser Substitution seinen Sohn nicht übergangen, sondern förmlich enterbt: in diesem Fall bleibt der erste Grad, gewisser Maßen das erste Testament ungültig, und kann nicht wieder zu Kräften kommen; der zweite aber, der allen Regeln des Civilrechts ein Genüge leistet, ist völlig wirksam. Seine Gültigkeit kann weder durch die Nichtigkeit des ersten Grades, der ja nur scheinbar, juristisch gar nicht vorhanden ist, noch durch die frühere Uebergehung des Sohnes, die mit ihm gar nicht zusammen hängt, irgend gestört werden. Gajus erhält die Erbschaft als rechtmäßiger Testamentserbe. Ebenso ist es aber auch, wenn der Sohn selbst im zweiten Grade zum Erben eingesetzt ist. Dann erbt er als Testamentserbe, nicht ab intestato, denn dieser Grad ist eben so vollgültig, als der erste nichtig ist. 30)

L. 8. de lib. et post.

Pomponius lib. 1 ad Sabinum. Si a 31) primo

30) Vg. L. 3 §. 6. de lib. et post. L. 43 §. 2. de vulg. et pupill.

31) So lesen Hal. und alte Ausg. Die Flor. läßt »a« weg.

herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et, dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit: secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit.

Der erste Grad ist gültig, die Substitution nichtig [32]. Die Worte: secundum sententiam, qua utimur, beziehn sich ohne Zweifel auf den oben angeführten Streit der Schulen über den Fall, wo der Sohn stirbt, ehe die seinetwegen ungültige Erbeinsetzung, auch wenn sie sonst gültig wäre, ihre Kraft äussern kann: so daß Gajus Erwähnung derselben nicht ganz vollständig und genau zu sein scheint. Wie leicht konnte er diesen Fall gerade nicht im Auge gehabt haben?

Endlich gehört noch besonders folgende Stelle hieher:

L. 7. de lib. et post.

Paulus lib. 1 ad Sabin. Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, *et vivo patre decedat:* testamentum non valet, *nec superius rumpetur, et eo jure utimur.*

---

32) Vg. die Glosse zu den Anfangsworten, welche die Stelle sehr richtig umschreibt.

Ein Vater hatte zwei Testamente gemacht, und im zweiten seinen Sohn präterirt. Dieses letztere ist also gleich von Anfang an nichtig, und kann daher das frühere gar nicht aufheben. Selbst in dem Fall äußert es nicht die geringste Wirkung, wenn der Sohn vor dem Vater gestorben und so der eigentliche Grund seiner Ungültigkeit weggefallen ist. Auch diese Stelle bezieht sich offenbar auf jenen Streit der Schulen, der sich aber schon mit dem Siege des einen geendigt hatte, und es ist wohl zu beachten, daß sie von Paulus, einem Sabinianer, herrührt. [33])

§. 6.

Viel mehr Schwierigkeit macht das alte Recht der übrigen Kinder in der Gewalt: weil uns nur sehr dürftige Quellen über diesen Gegenstand zu Gebote stehen. Denn die Compilatoren vermieden es sorgfältig, Stellen aus classischen Juristen in ihre

---

33) L. 16 §. 1. de vulg. et pup. subst. L. 14 §. 1. de lib. et post. — vg. mit L. 4. §. 2. de her. inst. — enthält eine scheinbare Ausnahme von unserer Regel, die sich aber eben so leicht und auf dieselbe Weise erklären läßt, wie die Gültigkeit der bedingten Einsetzung, wenn die Bedingung in der Macht des Sohnes steht. Förster l. c. p. 77. macht, wie ich glaube, mit Unrecht einen Unterschied zwischen dem den Vater überlebenden, und dem vor diesem verstorbenen Sohn.

Digesten aufzunehmen, welche das zu ihrer Zeit veraltete Recht erläuterten, und tilgten, wo in den aufgenommenen Stellen beiläufig davon die Rede war, fast jede Spur desselben. Es bleibt uns daher sehr vieles dunkel und räthselhaft, besonders im Einzelnen. Ueber das Wesentlichste sind wir indessen ziemlich unterrichtet.

Zuvörderst wissen wir, daß ungeachtet der Uebergehung dieser Personen das Testament seine Kraft behielt, und keineswegs Intestaterbfolge eintrat. Der letzte Wille wurde nicht zerstört, sondern bloß gewissermaßen ergänzt und berichtigt durch das Civilrecht. Die übergangene Tochter, Enkel, Enkelinn u. s. w. haben nämlich ein jus adcrescendi [34]) in Beziehung auf die eingesetzten Erben. [35]) Gehören diese ebenfalls zur Classe der sui heredes, so werden sie diesen in gewissem Sinne gleich gestellt, und

---

34) Das Wort »Anwachsungsrecht« hat einen andern, nicht tropischen Sinn. Eher ginge noch »Recht des Zuwachses.«

35) Gaj. II. 124. Epit. II. 3. §. 1. Ulp. XXII. 17. Paul R. S. III. 4. B. §. 8. Lex Rom. Burg. XLV. (bei Schulting XLIV.) pr. J. de exher. lib. Theoph. ad h. l. Fr. de jure fisci §. 11. Harmenopul. B. V. Tit. 5 §. 2.', bei Reiz S. 284.

erhalten einen Kopftheil (portio virilis); sind die Erben aber andere, dem Erblasser weniger nahe Personen, so bekommen sie die Hälfte des ganzen Nachlasses. Gesetzt z. B. A hätte seinen Vetter B und Freund C zu Erben eingesetzt, dagegen seine Tochter und einen Enkel, den er von seinem verstorbenen Sohne hatte, übergangen, so werden B und C die eine Hälfte der Erbschaft bekommen, die Tochter und der Enkel sich in die andere theilen.[36])

Wir können wohl mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß im Ganzen bei dieser Theilung unter den übergangenen Notherben die gesetzliche Erbfolge den Maßstab darbot. Denn wo hätte man eher bestimmte positive Regeln, deren man hier doch nicht entbehren konnte, finden können, als eben dort? So ist es mir wahrscheinlich, daß wenn A seine Söhne B und C zu Erben eingesetzt, seine Tochter E aber nebst zwei Enkeln F und G, die er von seinem verstorbnen Sohn D besaß, übergangen hatte, daß in diesem Fall die Tochter E $\frac{1}{4}$, die Enkel F und G zusammen auch $\frac{1}{4}$, jeder einzelne also $\frac{1}{8}$ des Nachlasses erhielt. Dieß scheint mir natürlicher, als die Annahme, daß E, F und G zusammen bloß $\frac{1}{3}$, oder gar jede dieser Personen

36) Ueber den Fall, wo mehre Weiber übergangen sind, vg. Haße im Rhein. Mus. B. III. S. 207.

$\frac{1}{5}$ erhalten habe [37]). Ob es aber einen Unterschied machte, wenn die Kinder auf verschiedene Quoten im Testament angewiesen waren, weiß man nicht.

Diese Verhältnisse werden aber noch viel verwickelter, wenn zugleich Kinder in der Gewalt und andere Personen im Testament zu Erben berufen sind. Davon spricht Paulus l. c.

Filio et extraneo aequis partibus heredibus institutis, si praeterita adcrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo sunt filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.

Es scheint auf den ersten Blick aus dieser Stelle hervor zu gehen, daß die Tochter mit den eingesetzten Kindern gerade so theilte, wie wenn sie allein ohne Miterben eingesetzt wären: und eben so auf der andern Seite von diesen denselben Antheil erhielte, der auf sie gekommen wäre, wenn keine Kinder im Testament bedacht gewesen. Doch ist die Stelle wohl bedeutend verkürzt und dadurch entstellt. Denn so wie sie vorliegt, ist sie mehrer Deutungen fähig, und auch

37) Theoph. l. c. »εἰ δὲ σοῦοι, λαμβάνει τό ἀναλογοῦν, — »ὅσον ἔμελλε λαμβάνειν, εἴγε ἀδιάθετος ἐτελεύ»τησεν ὁ πατήρ.« Harmenop. l. c. »καὶ εἰ μέν ἐστι »γραφεῖσα ἡ κληρονομία εἰς ἐξωτικοὺς, - - τὸ ἥμι»συ οἱ οἰκεῖοι λαμβάνουσιν, εἰ δὲ εἰς οἰκείους, ἐπ' »ἴσης πάντες.« Förster ist anderer Meinung S. 88.

sonst sehr verdächtig. Jener erste Satz kann nämlich heißen: Wenn der Sohn und der Fremde jeder auf die Hälfte des Nachlasses eingesetzt ist, so nimmt die übergangene Tochter jedem die Hälfte seines Theils weg. So bekäme sie $\frac{1}{2}$, der Sohn $\frac{1}{4}$ und der Fremde $\frac{1}{4}$. Die große Unbilligkeit einer solchen Vertheilung ist augenscheinlich. Hat sie wirklich gegolten, so bin ich vollkommen überzeugt, daß die Juristen irgend ein Rechtsmittel erfunden haben, um einer so schreienden Ungerechtigkeit zu begegnen. Man kann das Abentheuerliche derselben leicht vermehren. Waren z. B. 6 Söhne und 6 Fremde, alle zu gleichen Theilen eingesetzt, so hätte die übergangene Tochter wieder $\frac{1}{2}$, jeder Sohn aber nur $\frac{1}{24}$ bekommen. Ein solches Recht war bei den Römern nie praktisch [38]).

Obgleich dieser Satz aber von allen Auslegern [39]) so erklärt wird, so kann er doch ebenso gut, und mit mehr innerer Wahrscheinlichkeit anders verstanden werden. Die Erbschaft war bis dahin in zwei gleiche Theile zerlegt. Jetzt kommt die Tochter hinzu, und es muß ein dritter Theil gemacht werden für diese.

38) Wie hätte sonst Justinian, da ihm weder Gelegenheit (c. 4. C. de lib. praet.) noch Lust fehlte, seinen Tadel über solche Ungereimtheit verschweigen können?

39) Cujas und Schulting in den Noten ad h. l, Förster l. c. p. 89.

Der Sohn hatte $\frac{6}{12}$, der Fremde ebenfalls $\frac{6}{12}$. Nun nimmt die Tochter von jedem gleich viel weg $\frac{2}{12}$. So erhält sie $\frac{4}{12}$, und jeder der beiden andern ebenfalls $\frac{4}{12}$. Dieß Resultat ist nicht blos an sich natürlich und billig, sondern es entspricht auch der Römischen Berechnung, wenn z. B. 3 Erben, jeder auf 6 Unzen $\frac{6}{12}$ eingesetzt wurde [40]).

Die Worte aequis partibus ließen als Gegensatz erwarten eine ungleiche Vertheilung der Erbschaftsquoten. Statt dessen folgt, man weiß nicht wie, etwas von mehren Söhnen und mehren Fremden, die eingesetzt sind: als ob der Unterschied in der Einheit oder Mehrheit läge. Ja man erfährt erst am Schluß, ganz unerwartet, daß auch von mehren Fremden die Rede sei, und doch scheint es wieder ganz gleichgültig, ob einer oder mehre extranei da seien; denn in beiden Fällen erhält die Tochter die Hälfte von ihnen. Da ist ganz bestimmt etwas ausgefallen; und es ist sogar die Frage, ob dieser Satz von dem Fall rede, wo sui et extranei zugleich eingesetzt, oder aber wo entweder jene allein oder diese allein im Testament berufen sind.

Vielleicht möchte man behaupten: Hier sei doch wenigstens eine dritte civile Erbfolge gegen ein Testa-

40) L. 13. §. 4. de hered. inst.

ment [41]). Gewiß ganz falsch. An die Intestatsuccession ist freilich nicht zu denken, da das Testament seine volle Gültigkeit beibehält. Nicht gegen dieses wird also succedirt, sondern ihm gemäß. Die Erbeinsetzungen sind wirksam, ebenso alle übrigen Verfügungen des letzten Willens. Ja die ganze Natur des *jus accrescendi* beruht gerade auf dieser Gültigkeit. Wären die geschriebenen Erben nicht wirklich Erben, wie könnte man ihnen accrescere? Die übergangene Tochter wächst ihnen gewisser Maßen zu, d. h. wird ihnen gleich, repräsentirt den Erblasser gerade wie sie, theilt sich mit ihnen in den Nachlaß, übernimmt aber auch einen Theil der Verpflichtungen, die allen geschriebenen Erben obliegen. Kurz sie wird betrachtet, als vom Erblasser eingesetzte Erbinn. Dieß alles folgt schon aus dem Begriff des accrescere. Wir haben aber außerdem noch ein ganz deutliches Zeugniß hierüber.

c. 4. C. de lib. praet. (Justinianus) - filia autem praeterita jus accrescendi ex jure vetere accipiebat,

---

41) Ungeachtet die lex Julia et Papia Poppaea ungleich bedeutender und willkührlicher den letzten Willen modificirte, und ihm auf jede Weise Gewalt anthat, so wüßte ich doch nicht, daß jemand ihr eine besondere dritte Art der Successio zuschriebe, was doch noch eher denkbar wäre als hier.

ut *eodem momento* et testamentum patris *quodam modo* ex parte jure accrescendi everteret, (nämlich dem Effect, nicht aber der Form nach), *et* ipsa *quasi scripta legatis supponeretur*. Ferner: cum enim per jus accrescendi semissem substantiae filia praeterita accipiebat, *et omnibus legata praestare compellebatur, scilicet ad dodrantem suae portionis etc.*

Ich denke mir nun die Sache kurz so: Wurde eine Tochter z. B. im Testament übergangen, so hinderte dieß die gewöhnliche Erbfolge nach dem Testament nicht. Die geschriebenen Erben traten demselben gemäß an. Die Tochter aber sollte auch Theil erhalten an der Erbschaft, und ward daher ebenfalls als eingesetzte Erbinn fingirt und so jenen gleichgestellt. Dabei mußte natürlich eine Quote für sie bestimmt werden, und dieses geschah auch mit sehr begreiflicher Rücksicht auf die Vertheilung der Intestaterbfolge.

§. 7.

Ganz verschieden von dem Rechte der Kinder in der Gewalt ist ursprünglich das Recht der *postumi*, Afterkinder [42]). Erst später nähern sie sich, ge-

42) Ich berufe mich für dieses, wie mir scheint für unsern Zweck sehr bezeichnende Wort auf Jac. Grimm,

genseitig auf einander einwirkend, immer mehr, und scheinen endlich noch in der Zeit der Klassiker fast ganz in ein gemeinschaftliches Recht zusammen zu wachsen. Doch lassen sich die Grundverschiedenheiten immer noch deutlich erkennen, und Trennung derselben ist nothwendig.

Vor allem müssen wir indeß den Begriff der *postumi* näher bezeichnen. Da hier immer ein ursprünglich gültiges Testament voraus gesetzt wird, so bezieht er sich auf dieses, und nicht wie bei der Intestaterbfolge auf den Zeitpunkt der Anbietung dieser [43]. Afterkinder postumi in unserm Sinn heißen nun diejenigen Personen, welche nach Errichtung des Testaments in die unmittelbare (väterliche oder eheliche) Gewalt des Erblassers wirklich gekommen sind, oder doch gekommen wären, wenn schon zur Zeit seines Todes ihre Geburt Statt gefunden hätte, nun aber höchstens 10 Monate später eintrat [44]. Geschah dieß unmittelbar schon durch die bloße Geburt des Afterkindes, oder wäre dieß ohne den frühzeitigen Tod des Vaters Folge der bloßen Geburt gewesen, so war

der es als neuhochdeutsches anführt und mit Afterlehn, Afterheu u. s. w. zusammen stellt. Deutsche Grammatik Bd. II. S. 710.

43) Vg. bes. L. 9. §. 2. de lib. et post. L. 6. pr. de inj. rupt.

44) L. 6. pr. de inj. rupto.

dasselbe im eigentlichen Sinne postumus. Dieser Begriff ward aber auch auf alle andern Kinder ausgedehnt, die nicht unmittelbar durch ihre Geburt, sondern auf andere und selbst künstliche Weise nach Errichtung des Testaments in die Reihe der sui heredes eintraten, und so im Gegensatz mit jenen durch die Ausdrücke *quasi postumi* oder *postumorum loco* bezeichnet wurden [45]. Zu jenen wird z. B. der Sohn gezählt, welcher nach dem Tode des Vaters, aber innerhalb 10 Monaten geboren wird, ferner der Enkel, der nach seines Vaters Tod, welcher vor dem Großvater verstarb, zur Welt kam, u. s. w. Dagegen wird unter diese z. B. der nach Errichtung des Testaments adoptirte Sohn, die Frau, welche später in die strenge Ehe mit dem Erblasser trat, gerechnet. Ganz besonders gehört aber auch der wichtige Fall hieher, wo ein Sohn mit Hinterlassung mehrer lebender Enkel durch den Tod oder auf anderm Wege aus der väterlichen Gewalt tritt, und so diese in die unmittelbare Gewalt des Großvaters bringt [46]. Eine genaue Aufzählung der einzelnen

45) Gaj. II. 133. (L. 13. de inj. rupt.) Gaj. II. 138. Epit. II. 3. §. 2. 3. Vg. die Ausleger zu dieser Stelle §. 2. J. de exhered. lib. §. 1. J. quib. mod. toll.

46) Gaj. II. 138. 139. Ulp. XXIII. 3. Coll. L. M. et R. XVI. 1. L. 6. §. 4. de inj. rupt.

möglichen Fälle findet sich bei Förster [47]), und wäre hier ganz überflüssig.

Nach diesen Vorbegriffen können wir uns zu dem Recht selbst wenden, welches den Afterkindern zustand. Hier finden wir den uralten Grundsatz: *Agnatione postumi rumpitur testamentum;* durch das Hinzutreten eines Afterkindes wird das Testament vernichtet. Wie alt derselbe sei, läßt sich nicht bestimmen. Nur das wissen wir, daß er viel älter als Cicero ist. Das zeigt schon die Art, wie dieser davon spricht:

de Oratore I. 57. Attamen quae causae sunt ejus modi, ut de earum jure *dubium esse non possit,* omnino *in judicium vocari non solent.* Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit? *Nemo: quia constat agnascendo rumpi testamentum* [48]).

Das Testament war also zerstört und die gesetzliche Erbfolge trat ein, zu welcher außer den übrigen Kindern in der Gewalt auch die Afterkinder von den XII Tafeln berufen wurden [49]).

---

47) a. a. O. S. 96-106.

48) Auf ganz ähnliche Weise äußert er sich auch pro Caecina c. 25. darüber.

49) Ulp. XXII. 15. L. 3. §. 9. de suis et legit.

Mit dieser Regel war nun eine andere eng verbunden, welche die Erbeinsetzung einer ungewissen Person nicht gestattete. Eine solche war aber ohne Zweifel der postumus. Je weiter wir in der Geschichte des Rechts hinauf gehen, desto ausgedehnter und strenger herrscht dieser Grundsatz. Später wird er immer mehr beschränkt, bis er endlich in Beziehung auf Nachgeborne überhaupt ganz verschwindet [50].

So mußte es nothwendig kommen, daß ursprünglich alle Testamente regelmäßig zerstört wurden, wenn nach ihrer Abfassung ein Afterkind hinzu trat, und diesem Schicksale gar nicht entgehen konnten.

Auf diesem Grunde nun wurzelt unsre ganze Lehre vom Recht der postumi, die ohne Zweifel Veranlassung und Vorbild wurde für das Recht der übrigen Kinder in der Gewalt, auf der andern Seite aber auch diesem einzelne Modificationen zu danken hatte. Schon sehr frühe mochte man nämlich das Lästige jener Regeln empfinden, besonders wenn ein Vater mit Hinterlassung einer schwangern Frau starb. Denn in diesem Falle konnte er nicht frei über sein Vermögen verfügen, da ja immer die gesetzliche Erbfolge eintreten mußte, sobald das Kind lebend zur

---

50) Gaj. II. 241. 242. 287. pr. J. de bon. poss. §. 26. 28. J. de legat.

Welt kam. Daher gestatteten die Juristen die Einsetzung des zukünftigen Kindes in diesem Fall, wodurch die Zerstörung des Testamentes gehemmt wurde [51]). So natürlich die Regel war, welche voraussetzt, der Erblasser hätte die Afterkinder gewiß bedacht, und das Testament ganz anders eingerichtet, wenn sie schon zur Zeit der Errichtung ihm als nothwendige Erben vor Augen gewesen wären: so natürlich ist auch diese Ausnahme, da sie deutlich zeigt, wie derselbe wirklich an sie gedacht und gehörig über sie verfügt hat.

Ulp. XXII. 19. Eos, qui in utero sunt, si nati sunt, heredes nobis futuri sunt, *possumus* instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur, *ex jure civili:* si vero viventibus nobis, *ex lege Junia* [52]).

Jus civile heißt hier, besonders im Gegensatz eines Volksschlusses, wie oft, das auf der Lehre der

---

51) Beispiele finden sich bei Cic. de Jnvenit. II. 42. pro Cluent. 11. 12.

52) So will Schulting, wie ich glaube, mit Recht lesen. Die Handschr. hat: lege Julia. Aber die Verschreibung lag nahe, und die lex Junia Velleja ist offenbar gemeint. Vg. L. 29. §. 7. de lib. praet.: »*possitque vel ex jure antiquo vel ex Velleja* institutus non rumpere«.

Juristen beruhende Recht, nicht, wie Cujas meinte, die XII Tafeln.

Diese Möglichkeit einer wirksamen Einsetzung oder Enterbung, die jener natürlich parallel geht, war aber beschränkt auf die Kinder, im engsten Sinn, welche nach des Erblassers Tod innerhalb 10 Monaten geboren wurden. Sehr wahrscheinlich wurde sie aber bald weiter ausgedehnt. *C. Aquilius Gallus* nämlich, ein Zeitgenosse Ciceros gestattete sie auch in Bezug auf Enkel und Urenkel u. s. w. wenn diese innert 10 Monaten nach dem Tode ihres Vaters, der vor dem Erblasser gestorben war, zugleich aber auch nach dessen Tode geboren wurden [53]. Gerade diese Erweiterung bezeugt das nicht allzu große Alter der Ausnahme überhaupt. Zu diesem Zwecke erfand auch Aquilius eine Formel, durch deren Gebrauch sich der Erblasser vor Vernichtung des Testaments, die ihm von diesen Enkeln drohte, verwahren konnte.

L. 29. pr. de lib. praet.

Scaevola lib. 6. Quaest. Gallus sic *posse institui*

53) Sie werden von den Neuern *postumi Aquiliani* genannt, und ganz falsch zu den quasi postumis gezählt, obgleich sie unmittelbar durch ihre Geburt sui heredes werden. So bei Valett a. a. O. S. 18. Hartitzsch a. a. O. S. 112.

postumos nepotes *induxit: Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam, decem mensibus proximis, in quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto* [54].

Später erweiterte die lex *Junia Velleja* v. J. 763. der Stadt [55] diese Befugniß der Einsetzung auch in Bezug auf diejenigen Afterkinder, die noch bei Lebzeiten des Erblassers in seine unmittelbare Gewalt kamen: wiewohl in diesem Falle die alte Regel nichts so sehr Drückendes hatte. Denn in den meisten Fällen stand es dem Vater ja frei, jetzt ein neues Testament an die Stelle des alten zerstörten zu setzen, und darin auf diese neuen Kinder Rücksicht zu nehmen. Dieses Gesetz hat zwei Capitel, von denen das erste die Erbeinsetzung der Kinder gestattet, welche nach Abfassung des Testaments und vor dem Tode des Erblassers durch die bloße Geburt unmittelbar in die

---

54) Vg. L. 29. §. 2. 3. 4. 5. de lib. praet. Ueber diese ganze Sache vg. die einleitende Glosse des Vivianus zur lex Gallus. Ich weiß keine Stelle in den Justinianischen Rechtsbüchern, welche eine solche Menge von weitläufigen Commentaren aufzuweisen hätte, wie diese sogenannte lex Gallus.

55) Vg. Winckler Opp. min. tom. I. p. 257 sq. Hugo R. Gesch. 10 Aufl. S. 697. Förster l. c. pag. 111. Hingegen Schulting im J. C. A. p. 640. setzt sie unter Claudius ins Jahr 799.

Gewalt desselben kommen [56]). Dahin gehört z. B. der Enkel, welcher nach Errichtung des Testaments und bei Lebzeiten des Großvaters geboren wird, wenn sein Vater vorher gestorben ist: mochte dieser zur Zeit der Abfassung noch am Leben gewesen sein oder nicht.

Das zweite Capitel verordnete, eine gültige Erbeinsetzung oder Enterbung soll möglich sein, und ein solches Testament soll bei Kräften bleiben, selbst bei den postumis, welche nicht durch Geburt, sondern durch das Ausfallen der zwischen ihnen und dem Erblasser in der Mitte stehenden Person, unmittel-

---

56) L. 29. §. 10. 12. cit. »Nunc de lege Velleja videamus. Voluit *vivis nobis natos* similiter non rumpere testamentum. Et videtur primum caput eos spectare, qui *cum nascerentur, sui heredes futuri essent etc.* Sie heißen bei einigen Neuern etwas sonderbar postumi Vellejani primi. Auch sie werden mit Unrecht von manchen zu den quasi postumis gerechnet, z. B. von Valett a. a. O., der sie überdieß noch zu eng erklärt, und Hartitzsch a. a. O. Das Wort *nascatur* (et si vivo patre nascatur) muß entweder mit Cujac. Comment. ad h. l. in instituatur verwandelt oder eher mit Haloand. gestrichen werden. Vg. Schulting Notae ad D. v. Smallenb. tom. V. p. 27. Die Glossatoren erklären diese Worte von einem besondern Falle, der zwar nicht in der lex Vell. läge, aber von den Juristen auch anerkannt worden wäre. Dieß ist allerdings wahr, unsre Stelle aber offenbar verdorben, wie noch manches in dieser berühmten lex Gallus.

bare Kinder desselben noch während seines Lebens werden, wenn sie nämlich schon zur Zeit der Errichtung des Testaments gelebt hatten. Z. B. Ich habe einen Sohn und von diesem einen Enkel, und setze bloß jenen ein im Testament. Später stirbt der Sohn noch bei meinen Lebzeiten. Dadurch wird der Enkel suus, und zerstört das Testament nach der gewöhnlichen Regel, die blos dadurch gehemmt werden kann, daß ich ihn im Testament ebenfalls bedenke [57]). Dieser Theil der lex Velleja, der nicht bloß den Tod der Mittelsperson, sondern auch jeden künstlichen Ausfall aus der Gewalt befaßte, ward nun durch Interpretation der Juristen auch auf die Regel des Gallus ausgedehnt, so daß die Einsetzung des Enkels, welcher nach dem Tode des Großvaters als dessen suus geboren wurde, weil sein Vater vorher eine capitis deminutio erlitten hatte, nicht aber weil er gestorben war, nun ebenfalls wirksam blieb [58]).

---

57) L. 29. §. 13. sq. de lib. praet. »Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus (et caetera) in locum suorum sui heredes succedunto«. Diese sogenannten postumi Vellejani secundi sind allerdings *postumorum loco*. Unrichtig versteht Aleander dieses zweite Capitel und wird von Schulting zurecht gewiesen. Vg. Jus. C. Ant. J. p. 101. b. 102. a.

58) L. 29. §. 5. 6. de lib. praet. Vg. Cujac. Comment. ad h. l.

Ferner wurde sein Inhalt auch auf den ersten Theil derselben lex angewandt. Der eingesetzte Enkel nämlich sollte das Testament des Großvaters nicht zerstören, wenn er auch bei Lebzeiten seines Großvaters sowohl als seines Vaters geboren, und erst später durch den Tod des letztern unmittelbar in die Gewalt des ersten gekommen wäre. An sich paßte weder der erste Theil des Gesetzes, welches Unmittelbarkeit bei der Geburt verlangte, auf diesen Fall, noch der zweite, weil dieser das Leben der Afterkinder zur Zeit der Errichtung des Testaments voraussetzte, sondern nur die Vereinigung beider [59]).

Damit waren aber noch gar nicht alle möglichen Fälle erschöpft. Namentlich wurde in allen den Fällen, wo eine fremde Person nach der Erklärung des letzten Willens auf künstlichem Wege in die unmittelbare Gewalt des Erblassers trat, das Testament nothwendig zerstört, mochte dieselbe darin eingesetzt sein oder nicht. So ward es nichtig durch jede Adoption, jede Eingehung der strengen Ehe, selbst durch jede

---

59) L. 29. § 5. 6. de lib. praet. Weil Julianus vielleicht zuerst diese Anwendung machte, nennen die Neuern einen solchen postumus *Julianus*. Dergleichen Eintheilungen und Benennungen, die auf Zufälligkeiten beruhen, können keinen Vortheil gewähren und leiten oft sogar irre.

Emancipation eines Sohns, die der Erblasser vornahm, denn der Sohn kam durch die erste und zweite Entlassung aus dem mancipium wieder in die Gewalt des Vaters zurück, und machte so dessen Testament ungültig. Dieß galt noch zu Gajus Zeit unbezweifelt. Und nur bei der causae probatio gestattete ein Senatusconsult von Hadrian eine Ausnahme, wenn durch sie das eingesetzte oder enterbte Kind erst nach dem Tode des Vaters in die Reihe der sui trat [60]).

Indeß scheint doch nach späterer Ansicht auch in diesen Fällen die frühere Einsetzung einer solchen Person die Kraft des Testamentes aufrecht erhalten zu haben. Wenigstens ist dieselbe in den Digesten herrschend [61]).

---

60) Gaj. II. 138-143. Ulp. XXIII. 3. L. 8. §. 1. de inj. rupto, wo gelesen werden muß: »*non* rumpunt".

61) L. 18. de injust. rupto. (Scaevola) »Si qui heres institutus est, a testatore adrogetur, potest dici, *satis ei factum*, quia et antequam adoptetur, institutio *ut in extraneo locum habebit*. L. 23. §. 1. de lib. praet. (Papin.) L. 28. §. 1. eod. (Tryphon.) Förster l. c. pag. 117. nimmt einen Streit der Schulen an, und will die letztere Meinung nur beschränkt gelten lassen. Allein Gajus erwähnt mit keiner Sylbe einer andern Meinung, und alle diese Stellen sind von jüngern Juristen, die sich, namentlich Scaevola, ebenfalls bestimmt aussprechen, und durchaus keiner Beschränkung erwähnen. Auch ist eine solche Aenderung der Ansicht der ganzen Geschichte dieses Instituts sehr angemessen.

So wurde allmählich, was anfangs immer eingetreten war, die Zerstörung des Testaments durch Hinzutreten eines Afterkindes selten, und die ursprünglich unmögliche Erbeinsetzung derselben ward endlich ganz allgemein gestattet. Dennoch blieb jene Regel, und es ist nicht ganz genau gesprochen, wenn man sagt: Postumi müssen entweder eingesetzt oder enterbt werden; sonst zerstören sie das Testament durch ihre Geburt. Sondern vielmehr: Sie zerstören dasselbe eigentlich immer. Nur wenn sie, was jetzt immer gestattet ist, eingesetzt oder enterbt sind, so wird seine Kraft erhalten.

Die Regeln für eine gültige Einsetzung sind wohl ziemlich dieselben, wie bei den lebenden Kindern in der Gewalt und ergeben sich im Einzelnen leicht, wenn man bedenkt, daß es hier immer auf die Zeit der Geburt des postumus ankommt [62]. Dasselbe gilt von der Enterbung: doch finden sich hier

---

Daß aber eine *exheredatio* bei wirklichen extraneis gar keinen Sinn habe, versteht sich von selbst. Vg. hierüber Gaj. II. 140. L. 8. §. 7. 8. de bon. poss. c. t. L. 23. pr. de lib. et post.

62) L. 22. de lib. et post. L. 24. eod. L. 6 §. 2. de hered. inst. Ueber das Verhältniß der lex Voconia zu diesem Recht vg. Hasse im Rhein. Mus. B. III. S. 210. 211.

einige Modificationen, die erwähnt werden müssen. Alle männlichen Afterkinder nämlich, nicht bloß der Sohn, sondern auch der Enkel müssen *nominatim* enterbt werden: wenigstens hielt man dieß für sicherer, obgleich einige Juristen die Enkel auch inter ceteros auszuschließen verstatteten [63]. Daß hier eigentlich von individueller Bezeichnung keine Rede sein kann, und bloß eine Andeutung des künftigen Kindes, das enterbt sein soll, möglich ist, ist an sich klar: z. B. quicunque mihi filius neposve genitus fuerit, exheres esto [64]. Dagegen können weibliche Afterkinder auch *inter ceteros:* d. h. zugleich mit allen auch lebenden Kindern in der Formel ceteri exheredes sunto zusammengefaßt enterbt werden. Nur muß ihnen in diesem Fall etwas im Testament legirt sein, damit man sieht, daß der Erblasser wirklich an sie gedacht hat, was ja bei ihnen ungleich bedenklicher ist anzunehmen, als bei schon lebenden Kindern [65].

---

63) Ulp. XXII. 22. Gaj. II. 134. Paul. R. S. III. 48. §. 10. L. 3. pr. de inj. rupto. c. 2. C. de lib. praet. §. 1. J. de exhered. lib.

64) §. 1. J. cit. Paul. R. S. III. 4 B. §. 9. L. 10. de lib. et post. L. 3. §. 5. de inj. rupt. L. 47. §. 1. de hered. instit.

65) Ulp. XXII. 21. Gaj. II. 132. 134. §. 1. J. cit. Dieß darf ja nicht auf die letztern auch bezogen werden.

Daß auch hier der Soldat besondere Vorrechte genoß, und auf die Formen nicht zu achten brauchte, bedarf kaum einer Erwähnung [66].

Fassen wir nun das Wesentliche dieses Rechts zusammen, und vergleichen es mit dem Recht der lebenden Kinder in der Gewalt, so zeigen sich die Grundverschiedenheiten auch jetzt noch deutlich genug. Vor allem ist hier das Testament von Anfang an immer gültig, mag das Afterkind eingesetzt oder übergangen sein: dort war es gleich bei seiner Entstehung nichtig, wenn der Sohn übergangen war. Wird das Afterkind geboren, so zerstört seine Geburt das vorher wirksame Testament, und eröffnet jetzt die Intestaterbfolge. Eine Ausnahme, die erst später in großer Ausdehnung möglich gemacht wurde, macht die frühere Einsetzung oder Enterbung desselben. Ist diese aber nicht geschehen: so wird das Testament durchaus nichtig; und es ist völlig gleichgültig, ob das Afterkind Sohn oder Enkel oder Tochter ist, Dagegen blieb dort das Testament bei Kraft, wenn ein Enkel oder eine Tochter übergangen war.

Ulp. XXII. 18. Postumi quoque liberi *cujus-*,

---

66) L. 7. de test. milit. §. 6. J. de exhered.

cunque sexus omissi, *quod valuit testamentum, adgnatione rumpunt* [67]).

War das Testament aber einmal so zerstört, so konnte es auch später nie wieder zu Kräften kommen: gesetzt auch das Afterkind starb gleich nach seiner Geburt und noch vor dem Tode des Vaters [68]).

Endlich zerstört das Hinzutreten des Afterkindes, wenn mehre Grade vorhanden sind, nicht das ganze Testament, sondern wieder nur die, in welchen es nicht gehörig bedacht ist. Auch hier zeigt sich indeß wieder ein Gegensatz mit dem Recht des übergangnen Sohns. Denn bei diesem wird der Grad gleich unmittelbar fehlerhaft gemacht, und ist so vollkommen nichtig, daß er auch nicht die geringste Wirkung auf folgende Grade haben kann, in denen der Sohn eingesetzt oder enterbt ist, welche daher gültig verfaßt werden. Hier hingegen wird der anfangs ganz

---

67) L. 3. §. 3. de inj. rupto (Ulp. lib. 3. ad. Sabin.) „Ex his apparet, aliam causam esse filiorum superstitum aliam posteriorum (Hal. postumorum): illi injustum faciunt, *hi rumpunt*«. illi semper, *hi, si nascantur* nec inveniant se exheredatos. Gaj. II. 131. Epit. II. 3. §. 2. §. 1. J. de exh. lib. Theoph. ad h. l. c. 1. C. de post. Ein interessantes Beispiel dieses Gegensatzes gewährt L. 3. §. 4. de inj. rupto vg. mit L. 7. de lib. et post.

68) c. 2. c. 3. C. de post. hered. L. 8. D. de lib. et et post.

wirksame Grad erst jetzt zerstört, und macht der Intestaterbfolge Platz, welche immer eintritt, und alle folgenden Grade ausschließt.

L. 15. de inj. rupto.

Ulpianus lib. 3. ad Sabinum. *Rumpendo* autem testamentum *sibi locum facere* postumus solet, quamvis *filius sequentem gradum*, à quo exheredatus est, *patiatur valere*.

Ist z. B. der postumus im ersten Grade enterbt, im zweiten übergangen, im dritten eingesetzt, so zerstört er die beiden letzten Grade durch seine Geburt [69].

69) L. 14. pr. L. 8. de lib. et post. L. 3. §. 6. L. 4. L. 5. de injusto rupto.

Zweites Buch.

Prätorische Erbfolge gegen das Testament.

Contra tabulas bonorum possessio.

---

§. 8.

Wenn irgendwo im bürgerlichen Rechte der Römer der Gegensatz des alten strengen Rechtes der XII Tafeln und seiner Ausbildung mit dem neuern mildern Rechte, welches der Prätor anerkannte und schützte, lebhaft hervortritt, so ist es gerade hier. Der civilen Erbfolge nach dem Testament hatte er eine secundum tabulas bonorum possessio an die Seite gesetzt, und jene in diese aufgenommen. Ebenso ging in seinem Edicte der alten gesetzlichen Erbfolge die intestati bonorum possessio parallel. Da nun, wie wir gesehen haben, die Uebergehung des Sohns im Testament oder das Hinzutreten eines nicht bedachten Afterkindes Intestatsuccession zur Folge hatte, so ließe

sich erwarten, auch hier habe der Prätor sein Intestaterbrecht den Bittenden ertheilt, und nur dieses nach seiner Billigkeit und dem Bedürfnisse der Sitte gemäß erweitert und modificirt. Das that er aber nicht, sondern ging weiter, und erfand eine neue dritte Erbfolge gegen das Testament.

Er verwarf nämlich, sich mit seiner Zeit freier in mannigfaltigen Mittelstufen bewegend, die einfache Ansicht der Alten, die von voller Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes unmittelbar auf gänzliche Nichtigkeit desselben übersprang. Er erkannte das nach Civilrecht ungültige Testament, welches materiel und factisch am Ende doch immer vorhanden war, obgleich es formel und juristisch nichts galt, als gültig an, und beschränkte blos diese Gültigkeit bis auf einen gewissen Punkt, freilich oft so sehr, daß sie der gänzlichen Nichtigkeit nahe kam.

Auf dieser Ansicht des Prätors beruht die *contra tabulas bonorum possessio*, welche immer ein der Form und dem Inhalt nach gültiges Testament voraussetzt, dessen Wirkung aber theilweise suspendirt, oder in gewissem Sinne aufgehoben werden soll. Es sind geschriebne Erben vorhanden und werden auch als solche anerkannt. Nur wird ihnen der präterirte Sohn vorgezogen vom Prätor, zwar nicht als wirklicher Erbe sondern nur als bonorum possessor. Macht

er keinen Gebrauch von dem Vorrechte, das ihm der Prätor darbietet, so ertheilt derselbe den geschriebnen Erben die gewöhnliche secundum tabulas possessio.

So sehr aber auf der einen Seite dieses prätorische System von der Art, wie das Civilrecht die Sache betrachtete, verschieden ist, so schloß es sich auf der andern Seite doch wieder eng an dieses an. Das letztere nämlich eröffnete Intestaterbfolge, und rief zunächst die *suos heredes* zur Erbschaft, und waren diese nicht vorhanden, die Agnaten. Der Prätor gab freilich nicht die intestati bonorum possessio, aber auch nicht die secundum tabulas, welche er einstweilen suspendirte, sondern eben die *contra tabulas*. In dieser berief er aber dieselben Personen, welche in seiner Intestaterbfolge an der Spitze standen, die *sui et emancipati*, zur Erbschaft. Die letztern standen aber grade den suis des Civilrechts parallel gegenüber: und so waren die Personen, welche die Erbfolge gegen das Testament erhielten, die prätorischen Intestaterben des ersten Grades.

So haben wir drei prätorische Erbfolgen erhalten; vor allen die *intestati bonorum possessio* als Regel. Sie findet immer Statt, wenn der Verstorbene kein Testament gemacht hat. Hat er dieß aber gethan, so wird sein letzter Wille geschützt durch die *secundum tabulas bon. possessio*. Endlich kann er aber besonderer

Umstände wegen zwar anerkannt, aber nur zum Theil geschützt und wesentlich suspendirt werden: so daß die Erbfolge gegen diesen Willen angeboten wird: *Contra tabulas bonorum possessio*. Dabei wird gewisser Maßen der erste Ordo der Intestatsuccession *Unde liberi* hervorgezogen, und an die Spitze des ganzen prätorischen Erbfolgesystems gesetzt, als Ausnahme von der Regel der secundum tabulas possessio. Sie ist offenbar wie diese eine testamentarische Succession, da sie ein Testament voraussetzt, und ohne dieses gar nicht bestehn kann, hat aber ihrem Inhalte nach einen Theil der Intestaterbfolge in sich aufgenommen [70]). Tritt diese *contra tabulas possessio*, wie das meistens der Fall sein wird, nicht ein, oder wird sie nicht benutzt, so bietet der Prätor die *secundum tabulas* an. Fällt auch diese weg, so bleibt die *intestati* bonorum possessio übrig, und der Ordo:

---

70) Man darf sich übrigens diese B. P. gar nicht als eine Klage denken, die man gegen das Testament anstellt, wie dieß Geßner l. c. S. 20. zu thun scheint. Eben so hält Geßner sowohl S. 17. als Valett l. c. S. 45. sie für eine Intestatsuccession, was in unsern Tagen fürwahr etwas arg ist, und sich kaum durch ein ähnliches Versehen Kaiser Leos, welches sehr leicht erklärlich ist, entschuldigen läßt. Vg. c. 17. C. de Collat. Koch weiß sich freilich auch nicht zu helfen S. 124. u. f.; desto besser dagegen Förster S. 382.

Unde liberi ist wieder zunächst offen, aber jetzt in anderm Sinne.

Dieses Alles wird erst in dem Einzelnen der Lehre selbst ganz klar werden. Hier nur noch einige Hauptstellen zur Bestätigung des Gesagten.

L. 1. §. 2. 5. Si tabulae test. nullae.

Ulpianus lib. 44. ad edictum. Ita autem *ab intestato* potest competere bonorum possessio, si *neque secundum tabulas*, *neque contra tabulas* bonorum possessio agnita sit. — Recte autem Praetor a liberis initium fecit ab intestato successionibus: ut *sicuti contra tabulas* ipsis defert, *ita et ab intestato* ipsos vocet.

L. 1. §. 1. Quis ordo in poss.

Modestinus lib. 6. Pandect. Sive tabulae testamenti non exstent, sive *exstent*, si secundum eas, vel *contra eas* bonorum possessionem *nemo accepit*. intestati detur bonorum possessio.

L. 2. Si. tab. test. nullae.

Julianus lib. 27. Digest. Emancipatus praeteritus, si *contra tabulas* bonorum possessionem *non acceperit*, *et scripti heredes adierint hereditatem*, sua culpa amittit paternam hereditatem: nam quamvis secundum tabulas bonorum possessio petita non fuerit, non tamen eum Praetor tuetur, ut bonorum possessionem accipiat *unde liberi*.

Hier finden wir alle drei Erbfolgen. Zuerst ward dem Emancipatus die contra tabulas possessio angeboten; er versäumte sie aber: und so konnten die geschriebnen Erben die secundum tabulas erhalten. Aber auch sie schlugen dieselbe aus, und so wurden die liberi in der intestati possessio gerufen, von denen aber jener Emancipatus jetzt ausgeschlossen war.

Ebenso L. 7. §. 6 de Carbon. edicto.

Julianus Lib. 24. Digest. Interdum etiam exheredatus filius ex Carboniano decreto bonorum possessionem accipiet, si *non contra tabulas* petit bonorum possessionem, *sed ab intestato unde liberi:* quia neget tabulas testamenti patris tales esse, ut *secundum eas* bonorum possessio dari possit, et dicatur non esse filius.

Endlich ist auch noch die Ordnung der Digesten und des Edicts zu beachten. Auf den Titel: *si tabulae testamenti exstabunt* folgt die contra tabulas, dann die secundum tab. possessio. Hernach beginnt die intestati mit dem Titel: *si tabulae testamenti nullae exstabunt* [71]).

---

71) Vg. Ulp. XXVIII. 1. »Bonorum possessio datur aut contra tabulas testamenti, aut adversus tabulas intestati.« So liest die Handschrift. Mit Recht setzte Cujas *aut* hinein vor intestati. Aber auch *adver-*

§. 9.

Im Allgemeinen ist schon bemerkt worden, daß die contra tab. bon. possessio denselben Personen angeboten werde, die im Ordo: *Unde liberi* zur Erbschaft eingeladen sind. Unter diesen erscheinen zuvörderst wieder die *sui*, sowohl Sohn als Tochter, natürliche und künstliche Kinder, wenn sie nur in unmittelbarer Gewalt des Erblassers stehn [72]. Doch war ihnen diese bonorum possessio nicht nothwendig, da das Civilrecht hinlänglich für sie gesorgt hatte. Wohl aber bedurften derselben alle Kinder, welche nicht in der Gewalt standen, aber den suis vom

---

sus darf nicht stehn bleiben. Es bedarf des technischen Ausdrucks *secundum*. Vg. §. 5. Die Aenderung ist auch nicht so gewagt, als sie auf den ersten Blick scheint. Der schlechte Abschreiber fand in seiner Handschrift sdū oder scdū, las adū was in Gajus als Sigle für adversus vorkommt, vg. S. 420., und schrieb gedankenlos adversus hin. Vg. noch bes. §. 3. J. de bon. poss. und Theoph. ad h. l. L. 2. pr. de bon. poss. sec. tab. L. 5. pr. de dotis collat. L. 7. §. 6 de Carbon. edicto.

72) L. 1. pr. h. t. (de bon. poss. contra tabulas). (Ulp. lib. 36. ad Edict.) »In contra tabulas bon. possessione *liberos* accipere debemus, sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt.« L. 1. §. 5. 6. si tab. test. nullae.

Prätor gleich gesetzt wurden, namentlich die Emancipirten.

Für diese war unsre Erbfolge ganz besonders angeordnet, und hier zeigt sich ihre eigentliche Natur am deutlichsten und wirksamsten. Wenn ich daher auch überzeugt bin, daß den prätorischen Erbfolgen das Civilrecht zum Grunde liegt, und sie zunächst nur eine Bestätigung und Erweiterung des letztern sind [73], so möchte ich dieß hier gerade in Abrede stellen. Ohne die Rücksicht auf diese aus der Gewalt getretnen Kinder wäre es vermuthlich bei den beiden andern prätorischen Erbfolgen geblieben, sowie noch später der übergangne Sohn in der Gewalt auch nach prätorischem Rechte einem Intestaterben gleich stand, und ein viel besseres Recht hatte, als der emancipirte Sohn [74].

Die emancipirten Kinder sind indeß nicht die einzigen, die außer den suis gerufen werden, sondern auch alle übrigen, welche entweder nie in der

73) Man sehe von Löhrs Bemerk. über die Bon. Possessio im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. B. III. S. 250 ff.

74) Ulp. XXVIII. 2. »Contra tabulas bonorum possessio datur *liberis emancipatis*, testamento praeteritis.« Unrichtig ist die Darstellung bei Gans Scholien zum Gajus. S. 317.

Gewalt waren, oder aus derselben herausgetreten sind, insofern sie möglicher Weise zur Zeit des Todes des Erblassers doch in seiner Gewalt stehn könnten. So z. B. die Wittwe, die in strenger Ehe gelebt hat, wird zur Erbschaft ihres Vaters berufen; ebenso das Kind, welches nebst seinem Vater mit dem Bürgerrecht beschenkt wurde, aber nicht zugleich in dessen Gewalt gekommen ist, ferner die Kinder der Emancipirten, wenn ihre Eltern ausgefallen sind [75]) u. s. f. An uneheliche Kinder aber ist auch hier nicht zu denken, weil sie keinen Vater haben, und also auch nicht fingirt werden kann, sie stehen in der Gewalt ihres Vaters.

Die Adoptivkinder werden, so lange sie in der Adoptivfamilie bleiben, als ächte Kinder ihres neuen Vaters betrachtet, und stehn diesen sowohl nach Civil als nach prätorischem Recht gleich. Treten sie aber irgendwie heraus, so verlieren sie da-

---

75) Gaj. III. 20. Coll. Leg. Mos. et Rom. XVI. 7. L. 1. §. 6. 9. L. 2. h. t. L. 3. pr. eod. (Ulp. lib. 39. ad Edict.) »Non tantum autem ipsi emancipati admittuntur ad bonorum possessionem, verum etiam hi quoque, qui ex his nati sunt.« L. 6. §. 1. h. t. (Paul.) »Quod si et filium et nepotem emancipaverit, vivente quidem filio, nepos non veniet, post mortem autem ejus, ad bonorum possessionem ejus veniet.« L. 3. §. 5. L. 6. pr. L. 21. §. 2. h. t.

durch alles Recht an den Adoptivvater, und werden keineswegs wie dessen natürliche emancipirte Kinder vom Prätor geschützt [76]).

Ganz anders ist ihr Verhältniß zum natürlichen Vater. So lange sie nämlich Glieder der Adoptivfamilie sind, ist alle Verbindung mit jenem aufgehoben. Denn auch sie könnten ja auf keine Weise zur Zeit des Todes ihres natürlichen Vaters in dessen Gewalt stehn, da sie einer andern Gewalt unterworfen sind, die keine zweite neben sich duldet. Dieses betrifft sowohl die Kinder, welche vom Vater selbst in Adoption gegeben wurden, als die, welche sich nach ihrer Emancipation arrogiren ließen, und ebenso die Frauen in der strengen Ehe. Wird aber diese neue Familienverbindung zerstört, so fällt die Scheidewand zusammen, welche Vater und Kind trennte, und das natürliche Verhältniß zwischen ihnen wird erneuert. Diese Kinder stehen dann den blos Emancipirten ganz gleich [77]).

---

76) Gaj. II. 136. Ulp. XXVIII. 3. §. 4. J. de exher. lib. §. 12. J. de hered., quae ab int. L. 4. L. 1. §. 6. Si tab. test. nullae. L. 21. §. 2. h. t.

77) Gaj. II. 137. »Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extranenorum numero habeantur: [cum vero emanci]pati fuerint [ab

In einigen Fällen läßt sich zweifeln, ob das Edict gewisse Personen zur bon. possessio rufe. Da bedurfte es denn nach der Ansicht mehrer Juristen immer eines besondern Decrets, welches der Prätor auf dem Tribunal ertheilte, nachdem er die Sache untersucht hatte [78]). Dieß war wenigstens am sichersten, obgleich andere auch ohne Decret die bloße Ertheilung der bon. possessio für hinreichend hielten. Dahin gehört z. B. folgender Fall. Ein emancipirter Sohn erzeugt nach der Emancipation einen Sohn, emancipirt diesen, und läßt sich arrogiren. Er stirbt vor seinem natürlichen Vater, und übergeht seinen Sohn im Testament. Ebenso übergeht auch der Großvater den Enkel. Gegen beider Testament muß der Uebergangne beim Prätor um ein Decret nachsuchen; gegen das des Vaters, weil außer der Emancipation, deren Wirkung das Edict aufhebt, derselbe noch in eine fremde Familie übertrat [79]); gegen das des Großvaters, weil zwischen

---

adoptivo patre, tunc incipiant] in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre [emancipati] fuissent.« Ulp. l. c. L. 1. §. 6. L. 3. §. 6. L. 6. §. 4. h. t. L. 4. si tab. test nul.

78) L. 1. §. 8. de bon. poss.

79) L. 17. L. 3. §. 8. 9. h. t.

beide eine doppelte Emancipation getreten ist, das Edict aber eigentlich nur eine entkräftet [80]).

Auf ähnliche Weise erhält auch der Enkel gegen das Testament seines emancipirten Vaters eine bonorum possessio, obgleich er in der Gewalt des Großvaters zurück blieb und in einer andern Familie ist, als sein Vater. Er erhält sie selbst dann, wenn der Großvater noch lebt, mithin in einer Lage, wo er, wäre sein Vater auch nie emancipirt worden, doch nicht dessen suus sein könnte. Die Billigkeit des Prätors aber in diesem Falle ist einleuchtend. Wäre keine Emancipation vorgefallen, so könnte der Vater ja auch nicht testiren [81]).

Endlich sind auch die Afterkinder zur c. t.

---

80) So glaube ich, lasse sich L. 14. §. 1. h. t. gegen Förster S. 197 vertheidigen, ohne daß man nöthig hat, dem Juristen Ungenauigkeit des Ausdrucks vorzuwerfen. Die hieher gehörige Stelle lautet so: (Africanus lib. 4. Quaest.) »Item si filius emancipatus, sublato filio et emancipato, adrogandum se dederit, et mortuo adoptivo patre decesserit; *et contra patris et contra avi tabulas ex decreto* hunc admitti minime dubitari debere: ne alioquin ab omnium bonis excluderetur.« Vg. *Cujac.* Tractat. IV ad African.

81) L. 7. L. 21. pr. L. 6. §. 2. 3. h. t. L. 4. de conj. cum emanc. L. 5. §. 1. L. 6. si tab. test. nullae.

bon. possessio gerufen [82]). Der Prätor erkannte den civilen Grundsatz: agnatione postumi testamentum rumpitur nicht an in seinem System. Das Testament wurde durch ihn so viel möglich aufrecht erhalten. Dagegen stellte er die Afterkinder mit den übrigen Kindern in dieselbe Reihe, und gab auch ihnen, wenn sie übergangen waren, die bon. possessio gegen das Testament [83]). Waren sie sui, so brauchten sie freilich diesen Theil des Edicts gar nicht zu benutzen, sondern konnten ihr Recht als civile Intestaterben behaupten; gehörten sie aber zu den Emancipirten, z. B. Enkel von einem aus der Gewalt getretnen Sohn, so fanden sie nur beim Prätor Hülfe [84]). Uebrigens ist wohl zu berücksichtigen, daß sehr viele Fälle, wo nach Civilrecht Afterkinder vorkommen, hier gänzlich wegfallen. Der Prätor sieht nämlich bei seiner Erbfolge fast immer nur auf die Zeit des Todes des Erblassers, wogegen jenes besonders auch die der Testamentserrichtung

---

82) L. 1. § 5. 2. 3. L. 4. §. 3. h. t. c. 2. C. eod.

83) Gaj. II. 147. 148.

84) L. 1. §. 11—13. de ventr. in poss. mitt. vgl. mit L. 1. §. 6. de conj. cum emanc. lib. §. 26. J. de legatis. pr. J. de bon. poss.

im Auge hat [85]). Daraus geht hervor, daß alle Kinder, welche vor dem Tode des Vaters in dessen Gewalt kommen, sei es durch Geburt oder auf andere Weise im Sinne des prätorischen Rechtes keinesweges Afterkinder sind. Wurden sie im Testament übergangen, so können sie jetzt nebst den übrigen lebenden Kindern, von denen sie sich auf keine Weise unterscheiden, die c. t. bon. possessio erhalten. Wohl aber sind auch hier die, welche zur Todeszeit des Vaters noch im Mutterleibe sich befinden, wahre Afterkinder. Diese schützt der Prätor noch ganz besonders durch ein eignes Rechtsmittel. Er weist nämlich der schwangern Mutter den Besitz und Genuß der Erbschaftsgüter an. Darin besteht nämlich die bekannte *bonorum possessio ventris nomine*, die man durchaus nicht als eine Erbfolge ansehen darf. Sie ist ein bloßes provisorisches Rechtsmittel, welches dem zukünftigen bonorum possessor bedeutende Vortheile gewährt, namentlich Sicherung des Vermögens, und ihm so die

85) Vg. L. 3. §. 10. h. t. (Ulpianus). »Liberi, qui institui heredes jure non possunt, nec. c. t. b. possessionem petere possunt. Haec autem verba: institui jure non possunt, ad *mortis tempus* referuntur.« L. 6. §. 4. eod.

prätorische Erbfolge desto annehmbarer macht, da das Civilrecht von diesem Schutze nichts weiß [86].

§. 10.

Wurde eine der aufgezählten Personen nun weder gehörig eingesetzt, noch ordentlich enterbt, so wird sie als übergangen betrachtet, und erhält die Erbfolge gegen das Testament. Die Bedingungen der Erbeinsetzung und Enterbung sind im Ganzen dieselben, welche wir schon oben im Civilrecht angetroffen haben. Jene muß ebenso wie dort, direct geschehn [87]). Dagegen braucht sie keineswegs unbedingt angeordnet zu werden. Jede Bedingung, selbst die, welche nicht in der Macht des Sohnes steht, ist gültig, und schwächt die Kraft der Einsetzung nicht. Der so zum Erben ernannte Sohn sucht um die secundum tabulas bon. possessio beim Prätor an. Tritt nun später die Bedingung ein, so bleibt Alles in der Ordnung; fällt sie aber aus, und stand ihre Erfüllung nicht in der Willkühr des Sohnes, so ist er erst von diesem Augenblick an

---

86) L. 1. pr. §. 11. 17. L. 3. L. 9. L. 7. pr. L. 10. de ventre in poss. misso. Vg. Förster S. 242—258.

87) L. 16. L. 3. §. 15. h. t. L. 27. §. 12. ad SCtum Trebelli.

eigentlich übergangen, und die *secundum tabulas* b. p. wird von selbst zur *contra tabulas.*

L. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab.

Ulpianus lib. 41. ad Edictum. Si sub conditione heres institutus filius sit, Julianus peraeque putavit, *secundum tabulas* competere ei, quasi scripto, bonorum possessionem, qualisqualis conditio sit, etiam si haec: si navis ex Asia venerit. Et quamvis *defecerit* conditio, Praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas, tueri debebit, *ac si contra tabulas acceperit*: quae tuitio ei, qui emancipatus est, necessaria est [88]).

Bei der Enterbung finden wir ebenfalls den Gegensatz zwischen *nominatim* und *inter ceteros.* Doch weicht das Edict insofern vom Civilrecht ab, daß es nicht wie dieses zwischen dem Sohn auf der einen und allen übrigen Kindern auf der andern Seite unterscheidet. Sondern wie nach Civilrecht bei den Afterkindern sollen hier alle Kinder männlichen Geschlechts nur mit individueller Bezeichnung, *nominatim* enterbt werden dürfen, nicht blos der Sohn, sondern auch Enkel und Urenkel. Dagegen

---

88) L. 3. §. 12. 13. L. 18. pr. h. t. L. 5 pr. de bon. poss. sec. tab. wozu Förster S. 292. Note 21. zu vergleichen ist. L. 20. §. 4. de bonis libert.

alle weiblichen Kinder kann man auch allgemein *inter ceteros* enterben. Diese bedeutende Abweichung wird von den Neuern gewöhnlich ganz übersehn [89].

Darin stimmen beide Systeme wieder vollkommen überein, daß die Enterbung an keine Bedingung geknüpft werden, noch blos zum Theil geschehen darf. Geschieht dieß dennoch, so wird sie vom Prätor als Uebergehung angesehen, gerade wie im Civilrecht [90].

§. 11.

Ist nun ein Sohn oder eine Tochter im Testamente des Vaters übergangen worden, so ist die *Bonorum possessio contra tabulas* eröffnet, und wird sämmtlichen Kindern angeboten, die im Ordo unde liberi begriffen sind. Weil sie alle übrigen prätorischen Erbfolgen ausschließt, so ist es klar, daß nicht blos die übergangnen Kinder durch sie geschützt werden, sondern eben so gut auch die zu Erben eingesetzten, wenn jene einmal vorhan-

---

89) Ulp. XXII. 23. Gaj. II. 129. ist zwar nicht mehr ganz zu entziffern, sprach aber offenbar von diesem Gegensatz. Gaj. II. 135. §. 3. J. de exher. lib. c. 4. C. in m. de lib. praet.

90) L. 8. §. 2. 3. L. 18. pr. h. t.

den sind: denn sonst kämen diese nicht zu der väterlichen Erbschaft. Sie brauchen sogar nicht einmal zu warten, bis ihre übergangnen Geschwister den Prätor um Ertheilung der bonorum possessio gebeten haben, sondern können dieses selbst thun [91], in der den Kindern überhaupt anberaumten Frist eines Jahres [92]. Wenn aber jene von dem Schutze des Prätors keinen Gebrauch machen wollen, und die Erbfolge gegen das Testament nicht antreten, so ist auch kein Grund zu derselben vorhanden. Das Testament muß wieder vollkommen aufrecht erhalten werden, und kann unmöglich durch die darin eingesetzten Kinder unwirksam gemacht werden. Ihre erhaltne *contra tabulas* possessio verwandelt sich in eine *secundum tabulas* [93]). Ist indeß die Erbfolge

91) L. 10. §. 6. h. t.

92) Ulp. XXVIII. 10. §. 4. J. de bon. poss. in fino.

93) L. 15. §. 1. de legat. praest. L. 14. pr. eod. (Ulp.) »Nonnunquam contra tabulas bonorum possessionem quis habet jure secundum tabulas bonorum possessionis: utputa heres institutus est emancipatus filius, alius emancipatus praeteritus: institutus accepit contra tab. bon. possessionem, praeteritus omisit: apertissimum est, ut cogatur omnibus perinde legata praestare, atque si commissum edictum non fuisset: nec enim occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro adficere, cum praeteritus jure suo non utatur.«

gegen das Testament einmal eröffnet, so läßt der Prätor noch eine ganze Klasse von Personen mit den Kindern des ordo: Unde liberi daran Theil nehmen, nämlich die einer fremden Gewalt unterworfnen natürlichen Kinder des Erblassers, insofern sie von diesem im Testament zu Erben eingesetzt wurden. Auch hier will er dasselbe soviel möglich aufrecht erhalten, und ehrt den letzten Willen des Vaters, der diese Kinder nicht wie ganz fremde Personen ansah, und zu seinem Nachlasse rief. Doch können sie selbst niemals die contra tab. possessio eröffnen, sondern haben blos Theil daran, wenn dieß vorher durch andere geschah [94]). Dieß gilt namentlich von Söhnen, die in Adoption gegeben wurden, oder Töchtern, welche in die manus des Mannes traten.

Enterbte Kinder werden niemals zugelassen. So wenig sie selbst das Edict angehn können, so wenig können sie von dem eröffneten Gebrauch machen. Auch hier nimmt der Prätor wieder Rücksicht auf den Inhalt des Testaments. Ist dagegen durch das Civilrecht die Intestaterbfolge eröffnet, so gibt es im Sinne desselben gar keine Enterbte, da auch

---

94) L. 8. §. 11—14. L. 11. pr. L. 10. §. 1. h. t. L. 1. §. 12. de ventre in poss. L. 1. §. 2. de conjung. cum emanc. lib.

kein Testament vorhanden ist, und es werden alle sui gerufen, gleichviel ob in dem letzten Willen einige enterbt sind oder nicht[95]).

Da der Prätor in unsrer Erbfolge, wie schon der Name zeigt, den letzten Willen im Ganzen nicht befolgt, sondern ihm zuwider die Kinder zur Erbschaft ruft mit Ausschließung der eingesetzten Erben, wenn diese keine Kinder sind, so dürfen alle Personen, welche an jener Theil nehmen wollen, diesen Willen durchaus nicht als gültig anerkennen, noch demselben auf irgend eine Weise Folge leisten. Thun sie dieses, so verlieren sie dadurch den Schutz des Edicts, selbst wenn sie übergangen sind, und die gewöhnliche secundum tabulas possessio kommt zur Anwendung[96]). Ist z. B. dem präterirten Sohne ein Legat hinterlassen worden, und nimmt er dieses an, so ist die Erbfolge gegen das Testament für ihn verloren.: ebenso für den eingesetzten Sohn, wenn er die Erbschaft antritt. Eine sehr interessante Stelle, die sich hierauf bezieht ist L. 15. h. t.

95) L. 8. pr. §. 5. L. 10. §. 5. h. t. L. 25. pr. de leg. praest. L. 1. pr. §. 4. 5. de conjung. cum emanc. lib.

96) L. 3. §. 15. 16. h. t. L. 18. L. 5. §. 2. 4. de leg. praest. L. 30. de minorib. L. 10. §. 3. h. t. (Ulpianus) — »si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tab. bon. possessione repellendus est.«

Marcianus lib. 5. regul. Si praeteritus filius emancipatus exceptionem doli mali agenti heredi patris opposuerit de eo, quod patri debuit, non posse eum contra tabulas bonorum possessionem petere existimo. nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem: quod ita intelligendum est, si heredem petentem debitum noluerit filius repellere illa exceptione: *Si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest*, sed magis doli exceptione usus est [97].

Ein Vater überging seinen emancipirten Sohn, der ihm eine gewisse Summe schuldig war, im Testament, legirte ihm aber die Befreiung von dieser Schuld. Jetzt belangt ihn der Erbe wegen der Summe, und er setzt ihm die exceptio doli mali entgegen. Dadurch beruft er sich aber auf das Legat, erkennt dieses als gültig an, und verliert daher jeden Anspruch auf die Erbfolge gegen das Testament. Man könnte nun denken, er müßte, wenn er sich dieser bedienen wollte, die Schuld zahlen. Das wäre aber sehr unbillig, da dieselbe, erhält er die bon. possessio, doch von selbst untergeht, wenigstens für den geschriebnen Erben. Er kann daher den klagenden Erben allerdings mit einer Exceptio zurückweisen: *Si*

97) Eine ähnliche Stelle ist L. 50. §. 6. de bon. libert.

non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest. Dadurch beruft er sich nicht auf das Legat, noch billigt er überhaupt des Vaters letzten Willen. Man könnte zwar sagen, er erkenne doch den Erben als solchen an, indem er nicht einfach läugne, er sei ihm auf keinen Fall etwas schuldig, sondern eine exceptio entgegenstelle. Allein in gewissem Sinne muß er es; denn der Erbe ist wirklich Erbe nach Civilrecht, und es hängt nicht von dem Sohne ab, ihn als einen ganz Fremden anzusehen. Denn unsere Stelle spricht von einem heres. Auf der andern Seite läugnet er es doch mittelbar, indem der Inhalt der Exceptio gerade darauf geht, in dieser Hinsicht könne der Kläger nicht als Erbe angesehn werden, da sein Erbrecht durch die bon. possessio contra tabulas suspendirt werde [98]). Wäre aber ein bloß prätorisches Testament vorhanden, auf welches gestützt ein bonorum possessor die Schuld einklagte, so könnte der Sohn der Klage leicht entgehn, indem

98) Die Glosse erklärt die Stelle zum Theil richtig. Wenn sie aber sagt: »Sed quid si ex causa pacti a patre iam opponatur doli exceptio? Respondeo, non per hoc approbat testamentum. Nam non sequitur, quod valeat testamentum,« so halte ich dieß für nicht richtig. Denn in diesem Fall würde der Sohn die Erbeinsetzung des Vaters billigen, und sie für ganz gültig erklären. Doch kann er gar nicht vorkommen, da

er jenen gar nicht als Erben, mithin nicht als Kläger anzuerkennen brauchte. Vielleicht konnte er sich indeß auch dieser exceptio bedienen, eben weil ihr Inhalt das Erbrecht des Klägers läugnet.

Wird jemand gezwungen, den letzten Willen seines Vaters zu billigen, in dem er übergangen ist, oder gegen welchen er sonst eine c. t. b possessio bekommen könnte, so kann er später nichts desto weniger die Erbfolge gegen das Testament erhalten. Z. B. der in Adoption gegebene Sohn tritt auf Befehl des Adoptivvaters die Erbschaft des natürlichen Vaters an als geschriebner Erbe. Nachher wird er emancipirt, und kann sich nun der c. t. b. possessio bedienen, und so die Erbschaft den Händen des Adoptivvaters entreißen[99]). Dieß kann indeß erst weiter unten deutlich werden.

Diese vom Edict berufenen Kinder werden nun, wenn sie dasselbe benutzen, zwar nicht wahre Erben im strengen Sinne, sondern bloße bonorum possessores, prätorische Erben. Denn der Prätor kann

---

eine exceptio doli in diesem Sinne weder gegen den Vater noch dessen Erben dem Sohne ertheilt wird. Denn dieß wäre gegen die guten Sitten, und die dem Vater gebührende Achtung. Vg. L. 4. §. 16. de doli mali exc.

99) L. 10. §. 2. 3. h. t.

weder einen heres machen, noch wenn ein Erbe des Civilrechts vorhanden ist, ihn in einen Nichterben verwandeln. Wohl aber stellt er seine possessores den Civilerben so viel möglich gleich, und gibt ihnen alle Rechte, welche diese am Nachlasse haben, insofern sie in seiner Machtvollkommenheit liegen, bonitarisches Eigenthum, indirecte, mittelbare Klagen aus Forderungen und Schulden u. s. w. [100]). Dieß im Einzelnen auszuführen, gehört nicht hieher, da es zum Charakter der bonorum possessio überhaupt gehört, welcher als bekannt vorausgesetzt werden muß.

Wie wird nun aber der Nachlaß unter diese neuen Erben vertheilt? Ganz wie im Ordo: *Unde liberi* der bonorum possessio intestati, und hier geschieht die Vertheilung wieder analog der der civilen Intestaterbfolge.

L. 1. §. 1. h. t.

Ulpianus lib. 39. ad Edictum. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo

---

100) Gaj. III. 32. IV. 34. Ulp. XXVIII. 12. »Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.« L. 13. pr. h. t. §. 2. J. de bon. poss. L. 1. L. 2. de bon. poss.

jure eoque ordine, quo vocantur ex jure civili [101]) Es wird in Stämme getheilt wie dort. Sind z. B. ein Sohn, zwei Enkel eines verstorbenen Sohnes, und eine Tochter vorhanden, so erhält der Sohn $\frac{1}{3}$, jeder Enkel $\frac{1}{6}$ die Tochter $\frac{1}{3}$ der Erbschaft. Ist die Tochter im Testament eingesetzt auf ein $\frac{1}{12}$, so erhält sie dennoch, sobald sie die bon. possessio contra tab. antritt, den Drittel. Aber auch wenn sie auf mehr als diesen, z. B. auf den halben Nachlaß zur Erbinn ernennt war, bekommt sie doch nicht mehr, als $\frac{1}{3}$, sobald sie diese Erbfolge wählt [2]).

Auch hier trat, wie im Intestaterbrecht ein besondrer Fall ein, wenn zugleich ein emancipirter Sohn mit Enkeln, die in der Gewalt des Großvaters zurück geblieben waren, zusammentraf. Die letztern konnten nicht ausgeschlossen werden durch ihren Vater, weil das Civilrecht sie unmittelbar als sui zur Erbschaft rief: eben so wenig der Emancipirte. Daher hatte Salvius Julianus ein neues Capitel ins Edict gesetzt, *de conjungendis cum emancipato liberis,* wodurch er dieß Verhältniß bestimmte. Sohn

101) L. 11. §. 1. h. t. L. 4. §. 1. L. 6. §. 1. eod. L. 1. §. 5. si tab. test. nullae. c. 17. C. de collat. L. 1. §. 9. de conjung. cum emanc.

2) L. 8. §. 14. h. t. L. 5. §. 1. de leg. praest. L. 1. §. 3. de collat.

und Enkel sollen zusammen einen Kopftheil erhalten, und diesen so unter sich theilen, daß jener die eine, diese die andere Hälfte nehmen [103]). Sind z. B. ein Sohn in der Gewalt A, ein Enkel in der Gewalt B von einem verstorbenen Sohne her, ein emancipirter Sohn C, und von diesem zwei Enkel, die in der Gewalt des Großvaters geblieben sind D und E vorhanden, welche alle zur bon. poss. c. t. gerufen werden, so erhalten A und B jeder $\frac{1}{3}$, C, D, E zusammen $\frac{1}{3}$, so daß C $\frac{1}{6}$, D $\frac{1}{12}$ und E $\frac{1}{12}$ bekommt.

Wäre die Vertheilung des Nachlasses unter Kinder in der Gewalt und Emancipirte so einfach geblieben, so hätten diese einen bedeutenden und sehr unbilligen Vorzug vor jenen gehabt. Sie konnten sich nach der Emancipation ein großes Vermögen erworben haben, welches sie jetzt noch mit der väterlichen Erbschaft vermehrten. Dagegen der Sohn in der Gewalt, der doch nach Civilrecht allein zu jener berufen war, hatte alles, was er erworben, z. B. eine reiche Erbschaft, nicht in sein, sondern des Vaters Vermögen gebracht, und mußte nun dieses mit dem Bruder gleichmäßig theilen. Um dieser Unbilligkeit abzuhelfen, verordnete der Prätor, die emancipirten Kinder

103) L. 1. pr. §. 11. de conj. cum emanc. lib. L. 1. §. 13. de ventre in possess. mitt. Vg. Förster S. 259—272.

sollen ihr Vermögen zu der Erbschaft schlagen, und mit den Geschwistern in der Gewalt theilen. Ebenso müssen Töchter ihre Dos beitragen. Eine solche Beisteuer findet indeß nur dann statt, wenn die Kinder in der Gewalt durch das vom Prätor gestattete Hinzutreten eines Emancipirten Schaden erleiden, und zwar immer nach Verhältniß dieses Schadens [104]. Sie bezieht sich daher nur auf die Kinder in der Gewalt auf der einen und nur die Emancipirten auf der andern Seite, welche die eigentliche bonorum possessio contra tabulas oder ab intestato erlangt haben, nicht aber sonst etwa als eingesetzte Erben vom Prätor geschützt werden, noch sich auf das bloße Civilrecht berufen. Dieses weiß nichts von einer solchen Beisteuer: und grade darin liegt ein besonderes Reizmittel des Prätors, um den Suis seine Erbfolge annehmbar zu machen [5]. Sind z. B. zwei Söhne in der Gewalt, und zwei Emancipirte, von denen der eine 600, der andere 1200 in seinem Vermögen hat: so erhält jeder von ihnen ¼ des väterlichen Nachlasses, außerdem jeder der beiden ersten von dem einen Bruder 200, von dem andern 400. War

104) L. 1., pr. §. 5. de collat. bon.

5) L. 10 de collatione bon. L. 1. §. 3. 7. eod. L. 3 de dotis collat. c. 1. c. 4. C de collat.

jener Viertheil = 1000, so bekommen sie, jeder 1600, der eine Bruder 1200, der andere 1400 [106]). Tritt die oben erwähnte Clausel Julians ein, so muß der Vater nur seinen Kindern, die in der Gewalt zurück geblieben sind, nicht den Brüdern beisteuern; denn nur jene, nicht aber diese haben durch seinen Beitritt Schaden erlitten [7]). Das einzelne dieser Bestimmungen, und namentlich die Veränderungen, die sie durch Justinian erlitten, zu durchgehen, liegt außer meiner Absicht; da die Lehre von der Collation überhaupt eine neue durchgreifende Bearbeitung erfordert. Hier genügt es noch zu erwähnen, daß diese Beisteuer keine Bedingung der bon. poss. c. t. ist, sondern eine nothwendige Folge derselben [8]).

§. 12.

Bis jetzt haben wir nur die neuen prätorischen Erben im Auge gehabt. Es frägt sich aber noch besonders, was aus dem Testament, und seinem Inhalt werde. Daß es nicht gänzlich zerstört, son-

---

106) L. 3. §. 2. L. 1. §. 24 de collat.

7) L. 1. §. 14 de conjung. cum emanc. L. 3. §. 6 de collat.

8) L. 3 pr. de collat. Im Allgemeinen verweise ich auf Francke civil. Abhandlungen. Götting. 1826. No. 4. Grundzüge der Lehre v. d. Collat. S. 176 ff.

dern blos suspendirt werde, haben wir schon oben gesehn. Ebenso wurden einige Wirkungen, die es immer noch äußert, angegeben. Diese Gültigkeit des Testaments wird sogar vorausgesetzt, und ohne sie ist keine bon. poss. c. t. denkbar, wie ebenfalls gezeigt wurde. Doch darf man hier auch nicht zu weit gehn. Es läßt sich nämlich sehr leicht denken, daß der geschriebene Erbe, welcher weiß, daß ihm die Erbschaft doch von dem präterirten Sohne entrissen wird, dieselbe gar nicht antritt, und so das Testament unwirksam macht. Hier würde nun die Intestaterbfolge eigentlich eintreten müssen. Aber der Prätor, um den letzten Willen einiger Maßen doch zu schützen, und nicht die ganze Erbfolge gegen das Testament in die Willkühr des geschriebnen Erben zu legen, ertheilte sie auch in diesem Falle gleichsam gegen das bloße Holz, die Tafel, das Papier, worauf der letzte Wille geschrieben war, sobald nur ein Erbe daraus hätte antreten können.

L. 19. h. t.

Tryphoninus lib. 15. disputationum. Quod vulgo dicitur, *liberis datam bonorum possessionem contra lignum* esse; sic intelligendum est, ut sufficiat, exstitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas, vel secundum eas bonorum possessio *peti potuit*, quamvis neutrum

eorum postea secutum sit, vel sequi potuerit et rell. [109]).

So weit nun aber die prätorische Erbfolge gegen das Testament reicht, so weit hemmt sie die Wirkung desselben; fällt sie weg, so tritt seine Kraft in ihrer vollen Gültigkeit wieder ein. Sind mehre Grade vorhanden, so gilt sie nur gegen den Grad, in welchem ein Kind übergangen ist, ähnlich wie im Civilrecht. Die übrigen bleiben stehn [10]). Ebenso wird die Gültigkeit der Pupillarsubstitution erhalten, selbst wenn sie auf dem Grade beruht, in welchem ein emancipirter Sohn übergangen ist. Anders ist es bekanntlich nach Civilrecht [11]).

Die Erbeinsetzung also vor allen fällt weg, und an die Stelle des geschriebnen Erben treten die Kinder als bonorum possessores. Von einer

---

109) Die Lesart »lignum« soll Ronchegall zuerst aus der Florentina bekannt gemacht und an die Stelle des sinnlosen »legem« gesetzt haben. Vg. Koch Bon. Poss. S. 4. Statt »potuerit,« wie die Vulgata und Hal. richtig lesen, hat die Flor. «potuit.« Ueber die Sache selbst vg. L. 4 pr. L. 8. §. 5 h. t. L. 3. §. 7. L. 4 de leg. praest.

10) L. 8. §. 1. 4. 5. h. t. L. 10. §. 2 de leg. praest. L. 1. §. 6. 7. de ventre in poss. L. 20. §. 2. h. t.

11) L. 5 pr. de leg. praest. L. 34. §. 2. L. 35 de pupill. et vulg. subst. L. 2. pr. eod. Eine Ausnahme dieser Regel findet sich L. 22. eod. L. 5. §. 4. de legat. praest.

Ausnahme wird sogleich die Rede sein. Die Vermächtnisse nämlich werden keineswegs alle zu nichte gemacht, sondern ein großer Theil, praktisch angesehn gewiß in den meisten Fällen der bedeutendste Theil derselben, bleibt ungefährdet stehn, und die neuen prätorischen Erben sind verpflichtet sie zu leisten. Denn alles, was der Erblasser an Legaten oder Fideicommissen seinen Kindern und Eltern vermachte, muß gehörig entrichtet werden; und es kömmt gar nicht darauf an, ob der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten habe, oder eine bonorum possessio gegen die Tafel gegeben wurde [112].

L. 3. §. 7. de leg. praest. (Ulpianus Lib. 40 ad Edict.) L. 4. eod. (Iulianus lib. 23 Dig.)

Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae *utiliter* data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit; (L. 4) cum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, cum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. Die gewöhnlichen Ausgaben setzen vor verum einen

112) L. 20. §. 2 h. t. c. 1. C. eod. Besonders günstig wird ein solches Legat noch interpretirt in L. 46 pr. de Usufructu et quemadm.

Punkt; noch in der Gebauerschen Ausgabe findet sich ein Colon. Beides ist falsch, da die darauf folgenden Worte unmittelbar mit den vorigen verbunden werden müssen. Der Sinn ist nämlich offenbar der: Nur diejenigen Legate werden geleistet, welche sonst vollkommen gültig sind, und nur deswegen bedroht werden, weil eine c. t. bon. possessio erfolgt. Sie müssen selbst dann bezahlt werden, wenn der geschriebne Erbe aus diesem Grunde die Erbschaft nicht antritt. Dagegen sind sie z. B. in sich nichtig oder die Erben vor dem Erblasser verstorben, so werden sie nicht geleistet[113]). Dieses wurde später von den Juristen auch auf die Schenkungen Todes halber ausgedehnt[14]). Ja man ging noch weiter, und schützte selbst die Erbeinsetzungen solcher ausgenommenen Personen. Auch hier scheint besonders Julianus Einfluß gewirkt zu haben, und seine Ansicht bestätigte der Kaiser Antoninus Pius durch ein Rescript[15]). War also ein Kind zum Er-

---

113) Vg. L. 10. fin. L. 11. L. 12. L. 13. de leg. praest. Auch Cujas hat sich durch die falsche Interpunction täuschen lassen, und erklärt die Stelle sehr gezwungen. Comment. ad. tit. D de leg. praest.

14) L. 18. §. 1. h. t. L. 3. pr. de legat. praest. Vg. Hasse im Rhein. Mus. Bd. II. S. 356.

15) L. 5. §. 6. 7. L. 7. L. 3. §. 1. de leg. praest.

ben eingesetzt, ein anderes übergangen, so stand jenem die Wahl frei, ob es die Erbfolge gegen das Testament antreten, oder seinen Theil vom Prätor schützen lassen wolle. Zieht es das letztere vor, so wird es freilich meistens dabei verlieren, da es aufs höchste seinen vom Erblasser bestimmten Theil bekommen kann, und nach diesem Verhältniß selbst an Fremde die Vermächtnisse zahlen muß [116]). Doch ist das letztere nicht unbestritten, indem manche alte Juristen eine andere Meinung verfochten, nach welcher es nur den ausgenommenen Personen die Vermächtnisse bezahlen muß [17]).

Der Begriff der Eltern ist hier im weitesten Sinne genommen, und umfaßt alle Ascendenten beider Geschlechter. Ebenso der der Kinder, welcher alle Descendenten begreift, sowohl natürliche als

---

116) L. 14. pr. h. t. (Africanus). »Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus est, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset; ut hactenus deteriorem causam suam fecerit: quod si ex minore parte sit institutus, eam dumtaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur.« Vg. L. 16. de leg. praest.

17) L. 5. §. 8. L. 15. §. 1. de leg. praest. Vg. Förster über diesen Streit S. 449. — 460. und Cuj. ad lib. 41. Pauli ad Edict. L. 15. cit.

bürgerliche, sobald sie zur Zeit des Todes des Erblassers mit ihm durch Blutsverwandschaft verbunden sind [118]). Auch auf Afterkinder erstreckt er sich [19]). Dieser Fortschritt zum völligen Cognatensystem auch in unserer Erbfolge ist sehr zu beachten, und viel wichtiger, als man ihn gewöhnlich ansieht. In unsrer Lehre erscheint er freilich nur als Ausnahme, aber im Leben mußte diese sehr häufig eintreten. Durch die Zeit gewann sie an Kraft, und half am Ende mit, die ganze Lehre umzugestalten.

Selbst wenn das Vermächtniß nur mittelbar durch eine fremde Person einem Descendenten oder Ascendenten zugewiesen war, mußte es entrichtet werden. Ich sage zugewiesen; denn es genügte nicht, daß es blos an sie gelangte, z. B. durch einen Sclaven, dem legirt wurde. Der Erblasser mußte gerade sie damit bedenken und beehren wollen [20]).

Dieß Recht der Vorfahren und Nachkommen war indeß an einige Beschränkungen gebunden. Sie dürfen nämlich in keinem Falle zusammen mehr als die Hälfte des Nachlasses bekommen, und diese nur, wenn blos Ein Erbe das Edict angetreten hat. Sind mehre

---

118) L. 1. §. 1. 2. L. 3. §. 1. L. 25. §. 1. 2. de leg. praest.
19) L. 1. §. 3. L. 2. eod.
20) L. 3. §. 2. 4. 5. de leg. praest.

praetorische Erben gegen das Testament vorhanden, so erhalten jene zusammen höchstens einen Kopftheil. Sind z. B. zwei Söhne präterirt, der Vater aber auf 8 Unzen, ein dritter Sohn auf 4 Unzen eingesetzt, und machen sämmtliche Söhne von der Erbfolge gegen das Testament Gebrauch, so erhält der Vater nur 3 Unzen [121]). Auch diese Bestimmung rührt wieder hauptsächlich von Julian [22]) her, dem unsre Lehre überhaupt sehr viel zu verdanken hat. Gerade hierin zeigt sich der hohe Vorzug der Römischen Juristen von den meisten unsrer Rechtsgelehrten, daß sie nicht abgöttisch den starren Buchstaben des Gesetzes verehrten, und ihm den Geist des Rechtes opferten. Sondern wo es Noth that, wo das Bedürfniß der Zeit Veränderung, wo die Grundsätze der Billigkeit Hülfe forderten, da schritten sie ein mit neuer Lehre, und verschafften ihr Anerkennung. So hießen sie mit Fug die lebendige Stimme des Rechts. Nicht

121) L. 8. pr. de leg. praest. (Ulpianus). — »Sed si unus sit ex liberis, qui accepit contra tabulas bonorum possessionem, plures sint, qui ex liberis parentibusque legata acceperunt; sic hoc accipiendum est, ut filius praeteritus semissem habeat, ceteri omnes, qui sunt ex liberis parentibusve, semissem.« L. 8. §. 1. L. 5. §. 7. L. 7. L. 19. L. 15 §. 2. de leg. praest. L. 20. §. 2 h. t.

22) L. 6. de leg. praest.

als ob sie, wie neuere Gesetzgeber, das alte Recht frevelnd zerstört und ihre Willkühr an dessen Stelle gesetzt hätten. Sie achteten die Formen und hielten treu an ihnen, sie wahrten aber auch den Geist. Beide in Einklang zu bringen, war ihre große Aufgabe, die sie so herrlich gelöst. Ihr Recht war ein lebendiges Wort.

Wie ferner nach dem Obigen die Anerkennung eines Legats die bonorum possessio contra tabulas ausschloß, so verlor auch umgekehrt jeder, welcher diese ansuchte, sein Recht auf die ihm hinterlaßnen Vermächtnisse [123]).

Außer jenen Personen, wird noch der Gattinn und Sohnsfrau alles, was ihr im Testament unter dem Namen der Dos vermacht ist, geleistet; selbst wenn ein solches Legat den Kopftheil übersteigen sollte, ohne Abbruch [24]). Auch was mehr im Legat ist, als die Dos beträgt, muß der Erbe dennoch ihr auszahlen; z. B. wenn der Erblasser die Dos, die er nur in gewissen Terminen auszuzahlen brauchte, als sogleich fällige Schuld legirt hat. Hier gewinnt die

---

123) L. 5. §. 2. de leg. praest. L. 10. §. 3. L. 18. §. 1. L. 14. pr. h. t.

24) L. 1. pr. L. 8. §. 3—6. L. 10. pr. §. 1. de leg. praest.

Frau natürlich die Zinsen des früher eingeforderten Capitals. Anders ist dieß freilich bei den übrigen Legaten, die ihr hinterlassen sind ohne Rücksicht auf die Dos. Diese werden nicht erstattet [125]). Uebrigens versteht sich von selbst, daß hier von der freien Ehe die Rede ist, wenigstens bei der Gattinn. Denn wäre sie in der Kindschaft, so hätte sie das Recht einer Tochter.

Freiheiten, die im Testament ertheilt werden, gelten nicht, wenn die Succession gegen dasselbe eintritt. Hat freilich der geschriebne Erbe die Erbschaft angetreten, so werden sie erfüllt, und können nicht mehr zurück genommen werden. Aber der prätorische Erbe wird durch die actio doli gegen die Bosheit des eingesetzten Erben geschützt [26]).

Die Ernennung eines Tutor bleibt ohne Zweifel wirksam, wie auch Förster annimmt [27]).

§. 13.

Wir kommen jetzt zu der interessanten aber schwierigen Frage nach dem Verhältniß dieser prätorischen Erbfolge zum Civilrecht.

---

125) L. 9. de leg. praest. L. 8. §. 3. eod.
26) L. 8. §. 2. L. 23. de leg. praest.
27) Bon. Poss. S. 398.

Was fürs erste das Verhältniß des bonorum possessor contra tabulas zum geschriebnen Erben betrifft, so hört der Letztere, wenn ihn das Civilrecht schützt, keineswegs auf, wirklicher Erbe zu sein. Aber sein Recht ist ohne Inhalt, welchen der Prätor auf seinen Erben übergetragen hat. War dieser ein übergangner *suus*, oder das Testament blos nach prätorischem Rechte gültig, so ist an sich klar, daß der bonorum possessor contra tab. dem geschriebnen Erben zu allen Zeiten und absolut vorging. Denn ist ein suus übergangen, so ist das Testament nach Civilrecht nichtig, und ein Civilerbe aus demselben läßt sich gar nicht denken. Von einem prätorischen Erben dagegen kann hier allerdings die Rede sein, da der Prätor ein solches Testament nicht für durchaus nichtig ansieht. Ebenso kann das Testament von Anfang an ein blos prätorisches gewesen sein. Immer aber wird ein solcher denkbarer bonorum possessor secundum tabulas dem bon. possessor contra tabulas in jeder Hinsicht nachstehn müssen, indem beide ihr Recht aus dem Edicte ableiten, welches die c. t. bonorum possessio an die Spitze der ganzen Erbfolge gestellt hat. Fällt diese aus, so kömmt erst die s. t. possessio an die Reihe. Wie es dagegen in dem Fall, von welchem allein hier die Rede ist, wo der bon. possessor ein Eman-

cipirter ist, der geschriebne Erbe sich auf das Civilrecht berufen kann, in den ältern Zeiten gewesen sei, ob vielleicht jenes bonorum possessio durch diesen zur *sine re* gemacht, und ihm die Erbschaft entrissen werden konnte, lasse ich dahin gestellt. Daß aber zur Zeit unsrer klassischen Juristen der prätorische Erbe durchaus den Vorrang behauptet habe, wissen wir bestimmt:

L. 13. pr. h. t.

Julianus lib. 23. Digestorum. Cum *emancipatus* bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim jus *transferri* aequum est, *quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem Praetor heredis loco constituit.*

Der prätorische Erbe ist also nicht wirklich heres, sondern nur *heredis loco*. Der ächte eingesetzte Erbe erwirbt die Erbschaft wirklich dem strengen Rechte nach; aber der Prätor zwingt ihn, sie aufzugeben, und trägt sie auf seinen Possessor über.

Wird der geschriebne Erbe wegen Schulden des Erblassers belangt, so kann er zwar nicht läugnen, daß die Schuld unmittelbar auf ihn übergegangen sei. Aber der Prätor gibt ihm die Exceptio: *ac si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas emancipato*

bonorum possessio dari possit; wodurch er den Kläger von sich abhalten, und auf den prätorischen Erben anweisen kann. Ebenso steht ihm wohl eine exceptio doli mali entgegen, wenn er auf Bezahlung einer Schuld klagt, die der bonorum possessor vielleicht schon einforderte. Macht aber der übergangne Sohn keinen Gebrauch von seinem Erbrechte, so werden diese Klagen mit der Eröffnung der secundum tab. b. p., gegenseitig restituirt [128]).

Ist der eingesetzte Erbe selbst ein Sohn, oder gehört er überhaupt zu den Nachkommen oder Vorfahren, so wird er nach dem Obigen geschützt, so weit sein Erbtheil reicht. Dieser Schutz beruht aber wieder blos auf prätorischem Recht; denn das Civilrecht kennt ihn gar nicht, so wenig als eine theilweise Aufrechthaltung des letzten Willens überhaupt. Hieher gehört, wie ich glaube, eine äußerst schwierige Stelle, L. 22. de leg. praest.

Papinianus lib. 5. Responsorum. Bonorum possessione contra tabulas testamenti praeterito emancipato filio data, scriptus heres alter filius, qui

---

128) L. 15. de O. et. A. (Julianus.) — — »nam quamdiu bon. possessio c. t. filio dari potest, *heres quodammodo debitor non est.«* L. 2. de exc. rei judic. Vg. Keller Litis Contest. S. 578.

possessionem accepit, vel jure civili contentus non accepit, legata praecipua non habebit [129].

Ein emancipirter Sohn eröffnet und erhält die Erbfolge gegen das Testament. Sein Bruder, möglicher Weise ein suus, worauf allerdings besonders für den zweiten Theil der Stelle Gewicht gelegt werden muß, ist eingesetzt. Dieser kann nun von seiner Erbeinsetzung absehn, und ebenfalls die eröffnete Erbfolge gegen das Testament benutzen. Dann aber fällt auch Alles weg, was ihm besonders vermacht wurde, denn er darf nun den letzten Willen des Erblassers auf keine Weise anerkennen noch sich zu Nutze machen [30]. Die Worte »possessionem accepit« an sich betrachtet könnten aber auch heißen: er suchte um die secundum tab. b. p. an, indem er seinen Erbtheil aus dem Testament sich schützen lassen wollte. Ob und inwiefern dieß möglich war, ist sehr schwierig auszumitteln. War einmal die

---

129) Cujas zu dieser Stelle glaubt, der eingesetzte Sohn sei ein filius familias, und habe die civile Erbfolge ab intestato gewählt, auf die er sich berufe. Allein dieß ist ganz undenkbar, da dieselbe gar nicht eröffnet wurde. Auch wäre es ziemlich überflüssig zu bemerken, daß er dann das Legat nicht bekomme.

30) Siehe die oben in Note 123 (S. 95) angeführten Stellen.

contra tabulas eröffnet, wie hier, so läßt sich nicht leicht einsehen, wie darauf jemand gültig für seine Quote die secundum tabulas bekommen konnte. Auch ist es sehr bemerkenswerth, daß überall, so viel ich weiß, wo von dem Schutze, der dem eingesetzten Sohn als solchem trotz der contra tab. b. p. ertheilt wird, die Rede ist, immer nur von hereditas nach Civilrecht, nie von einer solchen sec. tab. poss. gesprochen wird [131]. Besondere Schwierigkeit entstände demnach alsdann, wenn ein blos prätorisches Testament vorläge, in welchem ein Sohn eingesetzt, ein anderer übergangen wäre. Nach Civilrecht kann jener die Erbschaft aus dem Testament wenigstens nicht antreten. Wenn er daher nach prätorischem auch keine sec. tab. possessio erhalten kann, nachdem einmal die contra tabulas eröffnet ist, so bleibt ihm nichts übrig, als auf die Erbeinsetzung zu verzichten, und sich durch die contra tabulas possessio zu helfen, oder im Civilrecht ab intestato Schutz zu suchen, was uns hier indeß nicht interessirt. Nehmen wir indeß an, eine solche prätorische Aufrechthaltung der Erbeinsetzung des Sohnes sei möglich, indem die contra tabulas possessio aus Gründen der Billigkeit einen Theil der secundum tab. herauf ziehe, und gleichsam in sich aufnehme;

131) L. 5. §. 8. — L. 8. §. 2. de leg. praest. L. 14. pr. h. t.

wie steht es dann mit den Prälegaten des eingesetzten Sohnes? Er erhält sie allerdings bis auf auf einen gewissen Punkt, so lange sie nämlich mit der Erbeinsetzung zusammen nicht einen Kopftheil übersteigen [132]. Dieß könnten die Worte *legata praecipua non habebit* allenfalls ausdrücken, Legate, die dem Sohn vorzugsweise über das gewöhnliche Maß des Kopftheils hinaus aus besonderer Gunst vermacht wurden, Prälegate in vorzüglichem Sinne. Indessen ist eine solche Bedeutung der Worte doch sehr unwahrscheinlich. Fürs erste wären sie auch gar zu prägnant; dann bezeichnet ferner legatum praecipuum ganz eigentlich ein Prälegatum, worauf schon die gewöhnliche Formel dieses letztern: Praecipito führt, und wofür manche Stellen sprechen [33]. Sie heißen demnach nichts weiter, als er erhält die Prälegate nicht. Dieß paßt aber nicht zu der letztern Auslegung des possessionem accipere, wenn man nicht, was sehr unwahrscheinlich ist, eine von der gewöhnlichen abweichende Meinung Papinians annimmt. Wir sind daher genöthigt zu der ersten Erklärung zurückzukehren, die sich auch sonst empfielt, da bei

---

132) L. 8. §. 1. de leg. praest.

33) Vg. Gaj. II. 216. 217. *Brisson.* de V. S. sub. v. praecipuus.

»possessionem« doch jedermann zunächst an die unmittelbar vorher gehenden Worte »bonorum possessione contra tabulas« erinnert wird.

In so weit wäre also die Stelle verständlich. Wie aber, wenn er zufrieden mit seinem Civilrecht die bon. poss. contra tabulas nicht benutzt? Will er sich blos als Nachkomme in seinem Erbtheile schützen lassen, so ist durchaus kein Grund vorhanden, warum er die Legate verlieren sollte. Diese schützt der Prätor ihm so gut wie jenen, sobald sie nur zusammen nicht einen Kopftheil übersteigen[134]. Von diesem Fall ist aber hier auch nicht die Rede, sondern der Sohn stützt sich blos auf das Civilrecht und auf keinerlei Art von prätorischer Hülfe. Ist er suus, so ward er unmittelbar durch den Tod des Erblassers dessen Erbe. Er kann nun zwar auch so die bon. poss. contra tabulas erbitten[35]; aber er kann sich auch um alle bon. possessio, wie hier, gar nicht bekümmern, und seinen vom Erblasser verordneten Theil an der Erbschaft nach Civilrecht gegen den prätorischen possessor behaupten, der sonst vor jedem extraneus immer den Vorzug erhält. Dieß scheint mir nämlich unsre Stelle voraus zu setzen, indem sie

---

134) L. 8. §. 1. de leg. praest.

35) L. 14. pr. in fine h. t.

von einem Sohn spricht, der mit dem Civilrecht allein zufrieden ist [136]. Wäre ihm sein Erbtheil entrissen, so könnte er nicht zufrieden sein, noch würde so beigefügt: die Legate aber erhalte er nicht. Würde er aber die Einsetzung durch das Julianische Edict schützen lassen, so beriefe er sich nicht auf das Civilrecht, und die Legate wären ebenfalls gültig. So bleibt wohl nichts übrig, als anzunehmen, der blos prätorische Erbe gegen das Testament hebe das civile Erbrecht des eingesetzten Bruders, wahrscheinlich aber nur, wenn dieser zugleich ein *suus* ist, auf keine Weise auf. Denn nur dieser ist heres necessarius, und wird von dem Civilrecht sehr bevorzugt. Kamen sie daher mit einander in Conflict, so ging der suus vor, und behielt nach Civilrecht seinen vollen Erbtheil, gewiß auch dann, wenn derselbe einen Kopftheil überstieg. Denn er verdankt seine Geltung nicht dem Julianischen Edict, ist daher auch nicht an dessen Beschränkung gebunden, sondern dem reinen Civilrecht. Auch läßt sich nur insofern denken, daß jemand es vorzog, sich blos auf dieses zu berufen, statt vom Prätor Anerkennung zu bitten, der ihm zugleich auch zu den Legaten verholfen hätte.

---

136) Ein indirekter Beweis liegt wohl in L. 20. h. t. Vg. besond. auch L. 15. pr. in f. de leg. praest.

Die Legate aber, welche ihm noch darüber hinaus zuertheilt wurden, waren unwirksam, weil er in dieser Hinsicht auf sie und ihre Erwerbung nach Civilrecht jedem Fremden gleich stand, und das prätorische Recht in der Regel alle zerstörte und nur diejenigen schirmte, welche gewissen Personen angehörten, die dessen Hülfe besonders erbaten. Jener Sohn aber hatte alles prätorische Erbrecht verschmäht. Wie sollte er nun für die Legate den Schutz des Edicts erhalten, dessen Willen er bei der Beerbung selbst verworfen hatte?

Sehr häufig kommt ferner unsre *Bon. Possessio* in Conflict mit der civilen Intestaterbfolge und zwar auf mancherlei Weise. Z. B. die geschriebnen Erben treten aus Furcht vor jener gar nicht an. Hier wird sie dennoch ertheilt, obgleich nach Civilrecht die Intestatsuccession eintritt. Sind in dieser keine nähern Verwandten gerufen, als Agnaten, so ist an keine Collission zu denken. Diese ist nur möglich, wenn Kinder in der Gewalt da sind, die unmittelbar Intestaterben werden, und des Prätors dazu nicht bedürfen. Hiebei sind drei Fälle zu unterscheiden: diese Kinder waren im Testament eingesetzt. Dann waren sie aber auch von Rechts wegen Erben geworden, und konnten dasselbe nicht umstürzen durch Ausschlagen. Oder sie waren präterirt. Dadurch ward das Testament

bei seinem Entstehen zerstört, und es sind gar keine geschriebenen Erben da, die ausschlagen könnten. Oder endlich sie sind **enterbt.** Diesen Fall behandelt Tryphoninus in L. 20. h. t. ausführlich.

Ein Vater enterbte seinen Sohn in der Gewalt A, überging einen andern emancipirten B, und setzte mehre fremde Erben ein. Würden diese antreten, so bekäme der Emancipirte B ganz allein die bon. poss. contra tabulas. A würde als Enterbter davon ausgeschlossen, und das Civilrecht könnte ihn nicht schützen, da es das Testament nebst der Enterbung für gültig anerkennt. Die geschriebenen Erben schlagen aber aus, und das Testament wird dadurch nichtig im Sinne des Civilrechts. Es tritt also Intestaterbfolge ein, und A wird unmittelbarer und einziger Erbe; denn er ist allein Suus. Das Schicksal des A liegt also in der Hand des geschriebenen Erben; der an sich kein Interesse an der Antretung hat, wohl aber mittelbar. Denn er kann gewissermaßen die Erbschaft den Brüdern feil bieten. Wer ihm am meisten bezahlt, dem willfahrt er entweder durch die Antretung oder durch den Ausschlag. Daß dieses aber nicht zu arg getrieben werde, dafür sorgt der Ausweg, welcher dem enterbten Sohne immer noch offen bleibt, das Testament von den Centumvirn als lieblos umstürzen zu lassen.

Das Edict aber bietet dem Obigen zu Folge dessen ungeachtet seine b. p. c. t. an, und zwar ist in dieser B Universalerbe. So stellen sich beide Systeme schroff gegenüber. Diesen Streit nun sucht der Prätor so zu schlichten, daß er keines das andere völlig unterdrücken läßt, sondern jedes zur Hälfte schützt. Weil das Civilrecht den Enterbten so entschieden begünstigt, hält er es für unbillig, ihn ganz als nicht vorhanden zu betrachten, und so strenge das im Uebrigen nichtige Testament in der Enterbung aufrecht zu erhalten. Doch nimmt er ihn auch nicht in die contra tabulas bon. possessio auf, um die Einheit des Systemes nicht zu verletzen, sondern schützt ihn als Civilerben auf die Hälfte der Erbschaft. Der Emancipirte B. aber erhält als *c. t. bon. possessor* die andere Hälfte. So finden wir ein Ineinandergreifen zweier Erbfolgen, wie ich sie oben in der Erklärung der L. 22 de leg. praest. vermuthet habe. Der Unterschied beider Rechte tritt besonders deutlich hervor in Bezug auf die Beisteuer, und das Zahlen der Legate. Würde A als contra tabulas possessor angesehn, so müßte er natürlich die Vermächtnisse an Nachkommen und Vorfahren leisten, und erhielte Theil an dem vorher erworbenen Vermögen seines Bruders. Keines von beiden aber findet hier Statt. Eben so auf der andern Seite. Würde B. als Intestaterbe betrachtet,

und im Ordo: Unde liberi berufen, so müßte er als solcher von seinem Vermögen dem Bruder beisteuern, aber keine Vermächtnisse bezahlen. Aber auch hier gilt das Umgekehrte [137].

Auf ähnliche Weise entscheidet Ulpian den Fall, wo umgekehrt ein Sohn in der Gewalt übergangen, ein Emancipirter dagegen enterbt ward. Auch hier wird der Letztere im Ordo: Unde liberi in der Hälfte der Erbschaft geschützt, obgleich er nach prätorischem Recht zu der contra tabulas bon. possessio keinen

---

137) L. 20. §. 1. cit. »Videamus tamen isto casu, quo utrique ad bona patris veniunt, an ei conferre debeat emancipatus? nam *neque ex hac parte edicti* verbis id facere cogitur, unde *contra tabulas accepit bonorum possessionem*, quae inter eos, quibus ita bonorum possessio dabitur, caveri de collatione ab emancipato jubet: iste enim, qui mansit in potestate, quod exheredatus nominatim fuit, *non* est vocatus ad bon. possessionem *contra tabulas*, *neque ex illa parte edicti*, qua, *intestato* patre mortuo, *emancipatus* ad bon. possessionem admissus, ad collationem compellitur: quia et si *frater ab intestato heres sit*, *emancipatus tamen nón inde accepit bon. possessionem* « et rell. §. 2. »Legata tamen ex parte sua iste emancipatus liberis et parentibus praestare cogitur: non solida, sed diminuta in dimidium, quod relinquitur manenti in potestate. Sed nec adversus eum constituendae actionis legatorum ratio est, qui merito jure intestato heres exstitit«.

Zutritt hat. Der Prätor accommodirt sich zu Gunsten des Emancipirten dem Civilrecht, welches dieß Testament als durchaus nichtig erklärt: und wenn er auch dem Suus die contra tabulas possessio ertheilt hatte, so ist sie für diesen, wie wir sogleich sehen werden, nicht wesentlich von der bon. possessio ab intestato, im Ordo: Unde liberi verschieden [138]).

Wichtiger nämlich ist die Collision beider Systeme, wo die Intestaterbfolge nach Civilrecht eintritt, wegen Uebergehung eines Sohnes. Hier wird der Letztere äußerst vortheilhaft vom strengen Recht bedacht; und man könnte glauben, er habe fast nie Veranlassung gehabt, um die prätorische Erbfolge anzusuchen. Allein diese konnte ihm sehr bedeutende Vortheile gewähren. Waren z. B. Geschwister enterbt, so schloß sie dieselben von allem Antheil an dem Nachlasse aus, wogegen sie vom civilen Intestaterbrecht berufen wurden [39]). Ferner wurden emancipirte Brüder, die die contra tabulas possessio erhalten hatten, zur Beisteuer gezwungen, die nicht erfolgte, wenn der Sohn in der Gewalt sich einer ganz andern Erbfolge bediente als sie.

---

138) L. 1. §. 9. Si tab. test. nullae.

39) L. 32. de lib. et post.

In folgendem Fall war die prätorische Hülfe gegen das Testament dem übergangenen Suus sogar nothwendig. Ein Sohn in der Gewalt wurde von seinem Vater gültig enterbt. Später machte der Vater ein neues Testament, in welchem er den Sohn blos überging. Nach Civilrecht ist das letztere Testament von Anfang an nichtig, und rumpirt das frühere keineswegs. Die Enterbung des Sohns also bleibt stehn. Allein das prätorische Recht erkennt allerdings das zweite Testament als ein gültiges an, und giebt blos die c. t. b. p. gegen dasselbe. Ihm zu Folge wird auch das frühere rumpirt. Hier kommen also beide Rechtssysteme wieder sehr in Conflikt, und allerdings wird oft, zumal früher das prätorische, dem civilen haben weichen müssen; und die geschriebenen Erben des ersten Testaments von diesem geschützt gingen den Erben des zweiten vor. In andern Fällen, die wir freilich nicht genau kennen, hatte das zweite mehr Kraft. Auf jeden Fall mußte es außer der Präterition formel in jeder Hinsicht vollständig und richtig sein, sowohl nach civilem als nach prätorischem Recht. Dann kann das Edict seine Ansicht durchsetzen.

In diesem Fall nun kann der übergangene Sohn, der beim Civilrecht keinen Schutz findet, die Erbfolge gegen das Testament erbitten, eben so wie die geschriebenen Erben des spätern Testaments vor denen des

frühern den Vorzug hätten, wenn der Sohn ihnen nicht gerade im Wege wäre durch seine c. t. possessio [140].

Der wichtigste Nachtheil, der ihn bei der Erbfolge gegen das Testament treffen könnte, wäre der, daß er gleich dem Emancipirten die Legate an gewisse Personen entrichten müßte. Doch gerade von dieser Verpflichtung ist er frei. Ob er gleich die bon. poss. contra tabulas erwählt hat, wird er doch, da ihn das Civilrecht als Intestaterben schützt, auch vom Prätor diesem gleich gestellt. Er erhält zwar alle Vortheile unsrer Erbfolge, verliert aber die der civilen dadurch nicht.

L. 15. pr. de legat. praest.

Paulus lib. 41. ad Edictum. Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, *etsi contra tabulas bon. possessionem petierit:* quia [41] et non petita bonorum possessione *intestati hereditatem obtineret*; nec enim exceptio doli mali huic noceat [42]: et *absurdum* est, eum cogi legata praestare; quia bon. possessionem petierit: cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure. Unde si duo praeteriti sunt,

140) L. 12. §. 1. h. t.

41) Hal. »*qui*«

42) Hal. »*nocebit*,« was wohl vorzuziehen ist.

emancipatus et is, qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam; cum etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? verius est, quod dictum est. Ubi vero scriptus est, et voluntatem patris habet, debet teneri legatariis, etiam si omiserit bonorum possessionem.

Die Meinung einiger wahrscheinlich älterer Juristen, daß auch der Emancipirte keine Legate bezahlen müsse, wenn ein Suus die Intestaterbfolge eröffnen kann, scheint von Paulus stillschweigend mißbilligt zu werden. Die Worte Quid ergo est u. s. w. beziehn sich nicht mehr darauf, sondern auf die eigentlich zur Sprache gebrachte Frage nach dem Verhältniß des Sohns in der Gewalt zur bon. possessio contra tabulas. Hier sehen wir also, wie das Civilrecht wesentlich die Oberhand behält, formel aber mit seinen Eigenthümlichkeiten in den Bereich der *bon. possessio* aufgenommen wird [143].

Bisher nahmen wir nur Rücksicht auf den Sohn in der Gewalt. Viel greller aber treten civiles und

---

143) Vg. L. 16. de leg. praest. L. 17. de inj. rupto.

prätorisches Recht aus einander in Bezug auf die übrigen Kinder in der Gewalt. Diese zerstören nach jenem das Testament gar nicht, sondern haben ein bloßes *jus adcrescendi.* Der Prätor aber ertheilt ihnen seine *bon. possessio contra tabulas* mit nicht geringern Wirkungen als den Söhnen. Diese war ihnen natürlich in den meisten Fällen ungemein vortheilhaft, und wurde ohne Zweifel gewöhnlich vorgezogen. Die fremden geschriebenen Erben mußten auch hier weichen, eben so gut, wie wenn ein emancipirter Sohn übergangen war [144]. Wollte aber der Enkel von seinem Civilrecht Gebrauch machen, so ward ihm dieß gewiß nicht verwehrt.

Der Kaiser Antoninus Pius (nicht Caracalla) näherte das Edict wieder mehr dem Civilrechte, indem er durch ein Rescript verordnete, die Töchter und Enkelinnen sollen durch die B. P. nicht mehr erhalten können, als sie, wenn sie in der Gewalt des Erblassers bei seinem Tode gewesen wären, durch das *jus adcrescendi* bekommen hätten. Das nähere Detail kennen wir auch hier nicht. Bei den Enkeln scheint indeß der alte Unterschied fort-

144) Gaj. II. 125. »qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur.

gedauert zu haben [145]). Auch mußten diese die Legate den ausgenommenen Personen bezahlen, wenn sie blos vom prätorischen Recht beschützt waren [46]). War der Enkel *inter ceteros* enterbt, so galt seine Enterbung nach Civilrecht vollständig, nach prätorischem aber ward sie der Uebergehung gleich gesetzt. Dadurch ward ihm die bon. poss. c. t. in diesem Fall nothwendig, und sie half ihm ohne Zweifel gegen die geschriebenen Erben.

Endlich schützte der Prätor wohl in einigen Fällen das Testament gegen die Strenge des Civilrechts, welche es für nichtig erklärte. So z. B. wenn der übergangne Sohn in der Gewalt oder ein Afterkind vor dem Tode des Erblassers verstarb. Hier gab der Prätor, wenn das Testament sonst keinen Mangel hatte, die *bon. possessio secundum tabulas;* welche seit Hadrian wenigstens *cum re* war.

---

145) Gaj. II. 125. 126. Ulp. XXII. 23. Theoph. ad. §. 3 J. de exhered. lib. *δίδωσιν αὐτοῖς ὁ πραίτωρ τὴν* contra tabulas, *δι᾽ ἧς ὁ μὲν υἱὸς ἤγουν ὁ ἔγγονος πᾶσαν λήψεται τὴν τοῦ τελευτήσαντος περιουσίαν. ἡ δὲ θυγάτηρ ἤγουν ἐγγόνη τοσοῦτον λαμβάνει, ὅσον ἐκέρδαινε διὰ τῆς προσαυξήσεως οὖσα ὑπεξουσία.«* c. 4. C. de lib. praet.

46) L. 2. de conjung. cum emanc.

L. 12. pr. de inj. rupto.

Ulpianus lib. 4. Disputationum. Postum praeteritus, vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen *si signatum* fuerit *testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas* accipere heres scriptus potest, *remque obtinebit*, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt etc. [147]).

§. 14.

Sehr bedeutende, aber dem Geiste seiner Zeit angemessene Veränderungen machte Justinian in unsrer Lehre durch ein im Jahr 531 erlassenes Gesetz [48]). Nachdem er darin seinen Unwillen über all' die Unterscheidungen und Spitzfindigkeiten des Alterthums gehörig an den Tag gelegt, und sich auf die Natur berufen, die ja ohne Unterschied Knaben und Mädchen zur Welt bringe, verordnete er, es sollte fürder kein Unterschied mehr Statt finden zwischen Söhnen und Töchtern, Enkeln und

147) Vg. Gaj. II. 148. 151. L. 4 §. 3. h. t. L. 2. pr. de bon. poss. s. t.

48) c. 4. C. de lib. praeter. vg. §. 5. J. de exhered. liber.

Enkelinnen. Bei allen diesen Personen soll nur eine namentlich gemachte Enterbung wirksam sein, die inter ceteros geschehene dagegen immer der Uebergehung gleich gestellt sein. Das *Jus adcrescendi* der Töchter ist aufgehoben: und sie sowohl als Enkel und Urenkel beider Geschlechter haben wie die Söhne sowohl *bonorum possessio contra tabulas* als Intestatsuccession nach Civilrecht, wenn sie übergangen sind. Sind sie zugleich *sui*, so haben sie natürlich beide Rechtsmittel, wie früher der Sohn in der Gewalt. Sind sie dagegen emancipirt, so steht ihnen blos das prätorische Recht zu. Denn diesen Unterschied hat Justinian keineswegs hier aufgehoben, obgleich er ihn mittelbar durch dieses Gesetz schon sehr milderte. Daß er ihn noch beibehielt, zeigen auf's deutlichste seine eignen Worte: — et contra tabulas bonorum possessionem talem habere (eas sancimus), qualem filius vel suus vel emancipatus haberet: ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad *instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso jure evertat, vel per contra tabulas bonorum possessionem* stare hoc non patiatur. Et haec non solum in filiabus obtinere sed etiam in nepotibus et neptibus, et deinceps observari censemus, *si tamen ex masculis progeniti sunt.*

Dasselbe verordnete er auch in Bezug auf die Afterkinder. Sie sollten ebenfalls nur mit individueller Bezeichnung enterbt werden können; nicht mehr wie ehmals, in einer allgemeinen Formel, selbst nicht wenn ihnen ein Legat vermacht worden war. Ebenso ist jeder Unterschied, den die bon. possessio contra tabulas zwischen Afterkindern verschiednen Geschlechts gemacht hatte, wie bei den übrigen Kindern aufgehoben.

So vereinfachte Justinian die Lehre überhaupt außerordentlich, und es war damit ein bedeutender Schritt zu der spätern Umschmelzung derselben gethan.

§. 15.

Contra tabulas bonorum possessio parentis manumissoris.

In der Mitte zwischen der prätorischen Erbfolge gegen das Testament des Vaters und dem Recht der querela inofficiosi testamenti steht die contra tabulas bon. possessio, welche dem Vater zusteht gegen das Testament seines emancipirten Sohns. Sie bildet den Uebergang von jener zu diesem, neigt sich indeß schon mehr zur letztern hin.

In alter Zeit hatte der Vater gar kein Recht auf die Erbschaft seines emancipirten Sohns. Dieser

konnte darüber frei verfügen, und sein letzter Wille war vollkommen gültig, mochte er jenen ausgeschlossen haben oder nicht. Ebenso war das ganz analoge Verhältniß zwischen Patron und Freigelassnem: bis der Prätor einschritt, und dem Patron sowohl als dem Vater ein nothwendiges Erbrecht ertheilte [149]. Schon ihre natürliche enge Verbindung zeigte das Unbillige einer gänzlichen Uebergehung in hellem Lichte. Ueberdieß war ja der Vater die einzige Ursache, daß der Sohn sich eignes Vermögen erwerben konnte. Von ihm leitete sich also alles Eigenthum des Sohns her. Denn hätte er ihn in seiner Gewalt zurück behalten, so würde von selbst aller Erwerb des Sohns ihm zugefallen sein [50]. Dasselbe gilt auch vom Patron. Der Prätor befahl daher, es sollte ihnen regelmäßig ein bestimmter Theil des Vermögens der Freigelassnen oder Emancipirten hinterlassen werden, es sollte ihnen nicht der ganze Nachlaß entzogen werden.

Dieß ist schon ein ganz neues Princip, das wie wir sehen werden, immer mehr überhand nimmt. Bis jetzt sahen wir nämlich immer nur, daß sowohl

149) Gaj. III. 40 sq. Ulp. XXIX. 1.

50) L. 1 pr. Si a parente quis man. §. 6. J. quib. mod. jus. pat.

das Civil- als prätorische Recht die Formlosigkeit der Uebergehung misbilligte, keineswegs aber das Materielle der Ausschließung vom Nachlasse verwarf. Jetzt sind wir schon einen bedeutenden Schritt weiter gekommen. Das Recht fordert die Hinterlassung eines Pflichttheils, nicht bloßes Erwähnen und Bedenken im Testament. Es kümmert sich schon weniger um die Form als um das eigentliche Wesen, das Recht auf einen bestimmten Vermögenstheil.

Unsere bonorum possessio des Vaters gegen das Testament des Emancipirten geht, wie so eben angedeutet wurde, der des Patrons gegen das Testament des Freigelassenen [151]) parallel. Dennoch zeigen sich einige wichtige Verschiedenheiten, welche einer besondern Erwähnung bedürfen.

Gleich von Anfang finden wir eine solche. Während nämlich nicht blos der Patron, sondern auch dessen Kinder diese Ansprüche haben, wird vom Prätor einzig und allein der männliche Vorfahre des Emancipirten gerufen, welcher ihn selbst

151) Vg. vorzüglich: Unterholzner über das patronatische Erbrecht in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. V. S. 84—101, der indeß auf das Recht des parens manumissor keine besondere Rücksicht nimmt. Etwas mehr thut dieß v. Löhr über die B. P. c. t. liberti im Magazin f. R. W. Bd. III. S. 261 ff.

aus seiner Gewalt freigelassen hat. Die Worte des Edicts lauten so: *In eo, qui a patre avove paterno, proavove paterni avi patre [manumissus est]* [152]).

Da hier immer eine Gewalt vorausgesetzt wird, die der Berechtigte gehabt und wieder aufgegeben haben muß, so versteht sich von selbst, daß der Mutter oder Vorfahren von mütterlicher Seite her diese bonor. possessio nie zustehen konnte; aber sie wurde auch dem Vater nicht gegeben, wenn der Großvater z. B. seinen Enkel freigelassen hatte [53]). Selbst der Emancipator bekam sie nicht, wenn er nicht zugleich Manumissor war, wenn er also nicht contracta fiducia seinen Sohn aus der Gewalt entlassen hatte. Denn er mußte die Rechte eines Patrons erlangt haben, welche aber von der endlichen Freilassung selbst abhingen. Dieses folgt schon nothwendig aus dem Ausdruck des Edicts *manumissus*, nicht emancipatus. Daß aber das Edict wirklich so lautete, ist unzweifelhaft, obgleich es nirgends, soviel ich weiß, mit dürren Worten gesagt ist. Nach Justinianischem Recht fällt dieser Unterschied weg, da es die contracta fiducia immer fingirt [54]).

152) L. 1. §. 1. 2. si a par. quis man.

53) L. 1. §. 5 eod.

54) c. ult. C de bon. libert. in fine bei Spangenb. S. 341.

Das Dasein leiblicher Kinder des Emancipirten schließt indeß die Rechte seines Vaters aus. In diesem Fall kann er ihn ganz übergehn ohne Gefahr. Nur muß er seine Kinder wirklich eingesetzt, nicht etwa wirksam enterbt haben, und diese müssen zur Erbschaft gelangen können. Sonst nämlich sind sie wie nicht vorhanden zu betrachten, und der Anspruch des Vaters bleibt ungeschmälert. Stürzen die enterbten Kinder aber das Testament als lieblos um, und succediren nun ab intestato, so fällt die bon. possessio des Vaters wieder zusammen; denn mit ihnen kann er nicht concurriren [155].

Der Pflichttheil, welcher dem Vater vom emancipirten Sohne hinterlassen werden muß, beträgt die Hälfte des ganzen Nachlasses [56]. Justinian verminderte ihn in seiner bekannten Constitution über das Patronatrecht, auf ein Drittheil [57]. Wie er vermacht werde, ob durch Erbeinsetzung, oder Legat, Fideicommiß u. s. w, ist gleichgültig. Sogar Schenkungen unter Lebenden werden mit in

155) Gaj. III. 41. Ulp. XXIX. 1. L. 16. §. 1 de inoff. test. Unterholzner a. a. O. S. 92 ff.

56) Warum man grade diesen Theil wählte, sagt uns Ulpian in L. 1 de bon. libert.

57) c. ult. C de bon. libert. in den Basiliken bei Fabrot t. VI. p. 586.

Anschlag gebracht, wenn sie nur mit Rücksicht auf den Pflichttheil geschahen [158]. Hat der Vater auf solche Weise den vollen Pflichttheil erhalten, so hat er kein Recht mehr auf die c. t. b. p. Es ist ihm Genüge geleistet, und damit muß er sich zufrieden geben. Er kann zwar wohl die Erbschaft ausschlagen, aber nicht auf die ausgeschlagene seine Ansprüche als contra tabulas possessor gelten machen [59].

Ferner verwirkt er sein Recht dadurch, daß er den letzten Willen des Sohns anerkennt und gut heißt. Ist ihm z. B. ein Legat vermacht, welches den Pflichttheil bei weitem nicht erschöpft, und nimmt er dieses an, so darf er nicht gegen das Testament, das er schon einmal gebilligt, succediren, sondern muß sich mit jenem Legat begnügen [60].

Wenn nun aber der Pflichttheil gar nicht, oder wenigstens nur zum Theil oder nicht rein vermacht wurde, dann erhielt der Vater vom Prätor die c. t. bon. possessio [61], welche auf die Hälfte, seit Ju-

---

158) L. 3. §. 15—20. de bon. libert. L. 21. §. 1. de jure patronat.

59) L. 19. §. 1. de bon. libert.

60) L. 7. de bon. lib. (Gajus). »Nam absurdum videtur, licere eidem partim comprobare judicium defuncti, partim evertere.« L. 6. §. 4. L. 8. L. 50 pr. §. 4. L. 31. eod.

61) L. 3. §. 10—12. L. 41 de bon. lib. L. 21. §. 2 de jure patron. c. 1 C de bon. poss. c. tab. liberti.

stinian auf ein Drittheil der Erbschaft gerichtet war. Der übrige Theil blieb den eingesetzten Erben, welche keineswegs ganz vom Vater verdrängt wurden. So lange sie nicht antraten, erhält der Vater die bonorum possessio nicht. Hierin weicht diese von der contra tabulas bonorum possessio, welche den Kindern zusteht, ab, stimmt aber mit der querela inofficiosi überein [162]). Denn hier liegt es gar nicht so nahe, daß der Erbe ausschlage, weil der Vater die bon. possessio gegen das Testament verlangt, da diese nur einen Theil der Erbschaft betrifft. Zugleich stimmt dieselbe auch weniger mit der Erbfolge ab intestato überein, als die gewöhnliche c. t. b. possessio.

Der Vater erhält also das Drittheil (die Hälfte) der Erbschaft, wie sie zur Zeit des Todes des Emancipirten sich vorfand [63]), den reinen Pflichttheil, und zwar nicht etwa als Legatar, sondern als *bonorum possessor*. Er ist wirklicher Universalsuccessor. Die Forderungen gehn auf ihn über, die Schulden ebenso, natürlich der Größe seines Erbtheils gemäß [64]).

---

162) L. 3. §. 5. 12. de bon. libert. L 36. L. 37. §. 1. eod.

63) L. 26. L. 35. de bon. libert. L. 44. §. 1. eod.

64) L. 25. de bon. libert. (Julianus). »Quamdiu bonorum possessio partis debitae dari potest, *exceptio* debitoribus datur adversus heredem petentem: *si non in ea*

So weit dieser aber reicht, wird die Portion des eingesetzten Erben sowohl, als die Legate und Fideicommisse verkürzt. Denn der gebührende Antheil an der Erbschaft soll ihm rein und unversehrt hinterlassen werden. Eben weil dieß im Testament nicht geschehn war, tritt nun der Prätor dazwischen, und verschafft ihm denselben. Er kann daher unmöglich mit Legaten und dergleichen jetzt noch beschwert bleiben [165].

Weil nun aber diese bonorum possessio gleich von Anfang an auf eine bestimmte Quote des Nachlasses geht, und nur diese befaßt, so hat der bonorum possessor hier kein *jus adcrescendi.* Schlägt daher einer der geschriebnen Erben seinen Theil aus, so fällt er nicht ihm sondern dem andern eingesetzten Miterben zu.

L. 6 pr. de bonorum possessionibus.

Paulus ad Edictum. Sed cum patrono quidem contra tabulas certae [66]) partis bonorum possessio-

---

causa sit patronus, ut bonorum possessionem pro parte debita contra tabulas petere possit.« L. 36. eod.

165) L. 34. L. 43 de bon. libert. L. 41. L. 45. eod. L. 3. § 1 si a par. quis manum.

66) Statt »certae« hatte Paulus wahrscheinlich geschrieben: *dimidiae*, worauf auch die Worte »alterius partis« deuten. Vg. Gaj. III 41. Ulp. XXIX. 1. Ebenso stand ohne Zweifel in L. 1. §. 2 de bon. libert. statt

nem Praetor polliceatur, scripto autem heredi, secundum tabulas, alterius partis: convenit, non esse ius adcrescendi. Igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur: cum ceteri, quibus adcrescendi jus est, semel debent agnoscere bonorum possessionem.

Was vom Patron gesagt wird, gilt natürlich ebenso gut vom parens manumissor; da dieser mit derselben Formel vom Prätor gerufen wird, und ebenfalls eine b. p. dimidiae partis erhält. Sehn wir einstweilen von den mehrfachen Schwierigkeiten ab, welche diese Stelle macht, so ist doch der Hauptsinn derselben klar ausgesprochen: Es gibt bei dieser bon. possessio kein ius adcrescendi [167]). Wie sucht nun aber Paulus dieß an seinem Beispiele zu zeigen? Der Sohn A stirbt, und hinterläßt ein Testament, worin er den Z zum Erben einsetzt. Seinen Vater B übergeht er. Der Prätor verspricht dem B die Hälfte des Nachlasses contra tabulas, dem Z die andere Hälfte secundum tabulas. B verlangt und erhält die bon. possessio;

---

certae partis ursprünglich »dimidiae partis«, was der ganze Zusammenhang und namentlich die Worte »eiusdem partis« erfordern.

167) Vg. L. 3. §. 9. de bon. poss.

Z schlägt sie aus. Wie ist dieß aber möglich? Es ist nach dem Obigen unzweifelhaft, und derselbe Paulus bestätigt es in einer andern Stelle [168]), daß der Vater die contra tabulas bon. possessio nicht erhält, so lange die Erbschaft nicht angetreten ist: und dennoch hat er sie hier bekommen?

Dieser scheinbare Widerspruch hebt sich indessen leicht. Der Prätor ertheilt bekanntlich die bon. poss., ohne viel nach den einzelnen Umständen zu fragen, und diese genau zu prüfen. Daraus folgt aber noch nicht, daß sie mit vollen Rechtswirkungen versehn sei. B z. B. ging ihn darum an, und erhielt sie. Tritt Z nun auch an, so wird dieselbe von diesem Augenblick an eine wahre contra tab. b. p., und er hat nicht mehr nöthig, sie sich von neuem geben zu lassen. Schlägt aber Z aus, so ist auch keine contra tab. b. p. des B vorhanden: denn ihre Entstehung setzt immer den Antritt der Erbschaft als nothwendig voraus. Grade mit dem letztern Fall haben wir es hier zu thun. Weil nun Z die Erbschaft verschmäht und kein anderer Testamenterbe mehr da ist, tritt die gesetzliche Erbfolge ein: in welcher B, da keine Kinder des A vorhanden sind, als alleiniger Erbe im Ordo: Unde legitimi gerufen wird. Er bekommt also jetzt

---

168) L. 4. pr. de bon. poss. c. t.

eine bon. possessio auf das Ganze. Auf die Hälfte hatte er aber schon früher eine solche bekommen, freilich contra tabulas. Sie verwandelt sich aber leicht, da ja die Form des Agnoscirens dieselbe ist, in eine ab intestato, und wird als solche erst rechtskräftig. Da indeß jene kein jus adcrescendi zuläßt, und sich nicht über ihre Hälfte ausdehnen kann, so behält sie diese Eigenschaft selbst in ihrer Verwandlung noch bei, und der Vater muß den Prätor noch um eine bon. poss. für die andere Hälfte ersuchen.

Dieß scheint mir Paulus Ansicht gewesen zu sein, doch ist wohl sein Raisonnement nicht ganz richtig. Denn da die contra tab. possessio nie als solche wirklich entstanden ist, sondern blos die Möglichkeit derselben, und sie in der Wirklichkeit gleich von Anfang als b. p. ab intestato erscheint, so läßt sich nicht recht begreifen, wie die besondere Natur jener auf diese übergehen könne. Freilich ist auch diese ursprünglich nur auf die Hälfte gerichtet, da nicht auf mehr agnoscirt ist; aber nach der Natur der bon. poss. ab intestato tritt unmittelbar und nothwendig jus adcrescendi ein. Ihr gemäß wird B, weil er der einzige Intestaterbe ist, und einen Theil der Erbschaft angetreten hat, ipso iure Erbe des Ganzen[169].

169) Vg. *Cujac.* in lib. 41 Pauli ad Edict und Comm. ad

Eine besondere Ausdehnung erhält die bon. possessio des Vaters, wenn der Sohn ihn nicht blos ausgeschlossen, sondern ihm zum Schimpfe eine verächtliche Person zu seinem Erben ernannt hat.

L. 3. pr. si a parente quis.

Paconius ait: si turpes personas veluti meretricem a parente [emancipatus et] manumissus heredes fecisset; totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur.

Solche Erben werden vom Prätor gegen den Vater gar nicht geschützt, und dieser erhält die ganze Erbschaft.

Auf der andern Seite kann er sich seines Rechts auch verlustig machen, wenn er z. B. wegen unwürdiger Behandlung seines Sohnes gezwungen wurde, diesen freizulassen[170]).

Gegen das Testament eines Soldaten erhält dessen Vater keine bon. possessio, nach den gewöhnlichen Privilegien, die solchen Testamenten zustehn[71]).

---

ad tit. D de bon. poss., der die Stelle ähnlich erklärt, aber an derselben keinen Anstoß nimmt.

170) L. 3. si a par. quis. L. 19 pr. de bon. libert.

71) L. 1. §. 4. si a parente quis. L. 3. §. 6 de bon. libert. L. 30 de test. milit.

Drittes Buch.

Lehre vom pflichtwidrigen Testament.

Querela de inofficioso testamento.

---

§. 16.

Es war bis jetzt blos von Testamenten der Väter die Rede, welche wegen Uebergehung des Sohns von Anfang an nichtig, oder später durch Geburt eines Afterkindes zerstört, oder vom Prätor um derselben Ursachen willen ihrer Kraft größten Theils beraubt wurden. Wenn aber der Vater sein Kind gehörig mit Beobachtung aller vorgeschriebnen Formen enterbt hatte, so hatte das Testament nach beiden Rechtssystemen volle Gültigkeit und ungestörte Kraft. Dem Kind stand kein Rechtsmittel zu, wider dasselbe irgend einen Theil des väterlichen Vermögens zu erhalten. Dieß konnte indeß, besonders in der spä-

tern Zeit, oft sehr bedenklich scheinen. Denn es war dem Vater gar zu leicht gemacht, aus keinen oder sehr schlechten Gründen seine Kinder von der Erbschaft auszuschließen, denen sie doch eigentlich nach Natur und Recht zukommen sollte, und sie ganz fremden Personen, vielleicht einem liederlichen Gefährten, einer Buhlerinn, oder einem politischen Gönner zuzuwenden.

Ein noch allgemeineres Bedürfniß mußte fühlbar werden bei den Testamenten der Mütter. Hatten diese in ihrem letzten Willen ihre Kinder übergangen, so schützte niemand dieselben. Wurden sie ungerecht enterbt, so nahm sich niemand ihrer an. Das Civilrecht gewährte ihnen keine Hülfe; denn es sorgte blos für die Kinder in der Gewalt. Die Mutter hatte überall keine Gewalt, daher auch keine über ihre Kinder. Der Prätor aber hatte sein Edict jenem analog eingerichtet, und den Kindern in der Gewalt nur die Kinder zugesellt, welche aus der Gewalt heraus getreten sind, aber doch als noch darin befindlich gedacht werden können. Beides ist nicht möglich in Bezug auf die Mutter [171 a].

171a) Gaj. III. 71. §. 3. J. de hered. qualit. L. 4. §. 2. de bon. poss. c. t. L. 13. de suis et legit.

Daß hier nicht schon früher für die Kinder der Mutter gesorgt wurde, erklärt sich besonders aus zwei Umständen. Fürs erste war nach alter Römischer Ansicht das rechtliche Verhältniß beider zu einander überhaupt nicht sehr enge. Es wurde von der Familiengewalt des Vaters zurück gedrängt und in Schatten gestellt. So hatten die Kinder ursprünglich nicht einmal ein Intestaterbrecht am Vermögen der Mutter, bis sie der Prätor in seiner Erbfolge, aber erst unter den Cognaten dazu einlud. Unter Marc Aurel endlich wurden sie durch das S. C. Orphitianum an der Spitze der Agnaten als nächste Erben gerufen. Nur wenn die Mutter in der Kindschaft des Vaters lebte, war sie mit ihren Kindern von Alters her durch das Band der Familiengewalt enge verbunden: und sie beerbten sich gegenseitig als Geschwister.

Ferner konnten die Frauen nach altem Recht keine Testamente machen, da sie in der Volksversammlung nicht Zutritt hatten. Wahrscheinlich erhielt sich diese Unfähigkeit selbst noch nach den XII Tafeln in ihrer ganzen Strenge lange Zeit. Zu Ende der Republick war sie beschränkt auf die Frauen, welche noch keine Capitis Deminution erlitten hatten: und so mochte es noch einige Zeit hindurch geblieben sein. Frauen in oder Wittwen aus einer freien Ehe wa-

ren daher meistens nicht berechtigt zu testiren; und bei ihnen gerade fand auch keine Intestaterbfolge ihrer Kinder statt. Wohl aber hatten jenes Recht die Wittwen aus strenger Ehe, welche auch ab intestato von ihren Kindern beerbt wurden. Die Fähigkeit zu testiren ward indeß immer allgemeiner, und wohl schon von Hadrian auf alle Frauen ausgedehnt. Damit darf indeß ja nicht verwechselt werden, daß sie an die Autorität ihrer Tutoren gebunden waren [172]. Auf diese Weise wurden auch die Testamente der Mütter ungleich häufiger, als früher, und mit der Möglichkeit, die eignen Kinder ungestraft zu übergehn, wuchs auch das Bedürfniß nach Hülfe: zumal da die Ansicht der Zeit jetzt mehr als früher das enge natürliche Verhältniß zwischen Mutter und Kind anerkannte, und zu schützen suchte.

Es wurde daher, um der Noth abzuhelfen, eine neue Klage solchen Fällen angepaßt, welche dem großen Ansehn des Gerichtshofes der Centumviri ihre Ausdehnung und bedeutende Kraft zu verdanken hat. Dabei zeigte der Sohn, daß er ungerechter Weise

---

172) Cic. Top. 4. Gaj. I. 115. a. II. 113. 118. Die Sache verdiente wohl eine neue Untersuchung. Besondere Schwierigkeiten macht das abweichende Recht der Freigelaßnen.

vom Vater enterbt, oder von der Mutter übergangen [173]) worden sei, und die Macht der Centumvirn stieß einen solchen zwar vollgültigen aber unbilligen letzten Willen gänzlich um, als ob ihn ein Geisteskranker und Wahnsinniger errichtet hätte. Dieses ist die berühmte *querela de inofficioso testamento*, deren nähere Erörterung uns jetzt beschäftigen soll. Wie sehr diese aber mit Schwierigkeiten mancherlei Art zu kämpfen hat, wie vieles darin räthselhaft ist, weiß jeder. Mehres, das man schon fest zu halten glaubt, gerinnt einem gleichsam unter den Händen, und zerfließt wieder. Besonders aber entgehn uns hier bestimmte und feste Formeln, auf die wir uns, wie in vielen andern Gebieten unsrer Wissenschaft, als an sichere Stützen lehnen könnten.

Wann diese Klage zuerst in Gebrauch kam, darüber läßt sich, wie ich glaube, nichts mit Gewißheit ausmitteln. Nach der gemeinen Ansicht soll sie schon zu Ciceros Zeit bestanden haben. Allein die

173) Beispiele von Testamenten der Mutter, gegen welche die Klage angestellt wird, enthalten Plinius Ep. V. 1. Paul. R. S. IV. 5. §. 2. L. 5. L. 13. L. 16. pr. L. 27. §. 4. L. 19. L. 28. L. 29. §. 1. h. t. (de inoff. test.) c. 1. c. 3. c. 15. C. eod. Vg. besonders *A. Heise* dissert. inaugur. de successoribus necess. Göttingae 1802. pag. 24. No. 4.

Stelle [174]), welche gewöhnlich dafür angeführt wird, scheint mir eher das Gegentheil zu beweisen. Sie lautet so:

Jure, legibus, auctoritate omnium, qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat, *non improbum, non inofficiosum, non inhumanum. Quod si ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi juri constitui oporteret* [75]).

Hier wird Alles auf den Ausdruck inofficiosum testamentum abgestellt, und daraus viel zu rasch auf das Dasein einer querela de inofficioso testamento geschlossen; als ob dieser Ausdruck nicht nothwendig der Benennung der Klage voran gegangen sein müßte. Dann scheint er hier keineswegs technisch gebraucht, sondern blos umschreibend zwischen ähnlichen Begriffen, was auch wieder der ganze Zusammenhang zeigt. Endlich sagt Cicero: Wenn auch das Testament unbillig, pflichtwidrig, grausam gewesen wäre, so könnte der Prätor nach des Erblassers Tode kein neues Recht darauf anwenden z. B. ein später gegebnes Gesetz.

---

174) Cic. II. in Verr. I. c. 42. Vg. Hugo Rechtsgeschichte S. 513. *Heineccius* Antiq. Rom. S. 457. (Haubold).

75) Vg. Cic. l. c. c. 43. »Solus enim tu inventus es, cui non satis fuerit, corrigere voluntates vivorum, nisi rescinderes mortuorum.«

Es ist hier also keine Rede von der Querel; und wäre diese damals gebräuchlich gewesen, so hätte Cicero wohl auch seine Ausdrücke anders gewählt, und überhaupt den Satz anders gestellt.

Valerius Maximus hat uns eine Reihe von Beispielen aufbewahrt, worin gültige Testamente wegen ihres pflichtwidrigen Inhalts umgestoßen wurden. Diesen fügte er noch andere bei, in welchen solche Testamente ungeachtet ihres unziemlichen Inhalts dennoch erhalten wurden. Doch ist seines ungenauen Ausdrucks wegen viel weniger daraus zu lernen, als man erwarten sollte.

So soll namentlich schon zu Pompejus Zeit ein junger Römer, ob er gleich durch Adoption in eine fremde Familie über getreten war, das Testament seines natürlichen Vaters bei den Centumvirn umgestürzt haben, weil dieser ihn darin übergangen [176].

Ferner wies Augustus ein Kind, welches von

---

176) Val. Max. VII. 7. 2. Vg. überh. *Schulting* Dissert. de testam. rescissis ad Val. Max. VII. 7. in seinen Commentat. academic. Halae 1770. Vol. I. p. 265. folg. Hier bekam M. Annejus ohne Zweifel eine bonorum possessio: Unde cognati. Schulting S. 278. folg. Eine contra tabulas bon. poss. konnte er nicht erhalten, weil er ein Mitglied einer fremden Familie war.

seinem Vater unbillig enterbt war, durch ein besonderes Decret in dessen Vermögen ein [177]).

Auf ähnliche Weise zerstörte derselbe Kaiser durch seine Machtvollkommenheit das pflichtwidrige Testament der Septicia, welche ihre Kinder aus der ersten Ehe überging. Auch hier erbten die Kinder als nächste Cognaten, nach Schultings Meinung. Ich möchte indeß die andere Erklärung vorziehn, daß sie als Agnaten erbten, indem die Mutter zuerst in strenger Ehe lebte, und nur später in eine freie getreten war. Dieß schließe ich mehr aus der Testirfähigkeit derselben, als aus dem Worte »hereditas« [78]).

Sehr willkührlich scheint aber das Verfahren des Prätor *C. Calpurnius Piso*, welches selbst Schulting nicht rechtfertigen kann. Doch trifft die Schuld wahrscheinlich eher den schlechten Erzähler, als den Prätor. Dieser soll nämlich dem Vater eines in Adoption gegebnen Sohns, ungeachtet derselbe jenen ausdrücklich enterbt hatte, die bonorum possessio in seinen Nachlaß ertheilt, und den geschriebnen Erben gar keine Vertheidigung des Testaments vor den Centumvirn gestattet haben. Daß hier keine ordentliche querela de inoff. test. vorkam, ist einleuchtend. Ueber-

---

177) Val. M. VII. 7. 3.

78) Val. M. VII. 7. 4. Schulting S. 286.

dieß ist die Zeit ganz unbekannt; und es scheint gänzlich aus der Luft gegriffen, diesen Piso für denselben zu halten, welchen Pighius ins Jahr 682 setzt: zumal da die Lesart bestritten ist. Am allerwenigsten darf man aber hieraus auf das hohe Alter der querela einen Schluß machen [179]).

Dagegen vermochte Longus das Testament seines nächsten Verwandten Tuditanus bei den Centumvirn nicht umzustürzen, obgleich derselbe ihn übergangen, und einen Fremden eingesetzt hatte [80]).

Ferner hätte nach Valerius Afrania das unbillige Testament ihrer Mutter Aebucia, worin sie übergangen und blos ihre Schwester eingesetzt war, wohl durch das Centumviralgericht zu nichte machen können: aber sie unterließ es aus Zartgefühl [81]).

Ebenso wollte Pompejus Rheginus das Testament seines Bruders, worin ihm entferntere Ver-

---

179) Val. M. VII. 7. 5. Schulting S. 287. Andere lesen »praefecti Urbis,« statt »praetoris urbani.« *Heinecc.* A. R. S. 457.

80) Val. M. VII. 8. 1. Die Lesart: »Testamento is filium instituit hat keinen Sinn. Rupertus vermuthete trefflich: »Testamento Ofilium inst.«

81) V. M. VII. 8. 2.

wandte und Freunde vorgezogen waren, aus Schonung nicht anfechten [182]).

Auch die Consuln sollen zuweilen, durch ihre Macht den Umsturz unbilliger Testamente bewirkt haben [83]).

Aus allem diesem geht mit Sicherheit hervor, daß die Klage gegen ein pflichtwidriges Testament noch sehr unbestimmt war, und weder durch Gesetz noch Edict eingeführt und mit festen Regeln versehn wurde. Sondern in einigen besondern Fällen, deren Ungerechtigkeit augenscheinlich war, wandte sich der beleidigte Blutsverwandte an den mächtigen Gerichtshof der Centumvirn oder den Kaiser, und suchte bei ihnen Hülfe gegen das unbillige Testament. Sowohl jene als dieser benutzten dabei ihr großes Ansehn, um dergleichen letzte Willen unwirksam zu machen, und den Nachlaß der Familie zuzuwenden.

Auf diesem Grunde erhob sich die ganze Lehre, welche ganz durch die Juristen erst gebildet wurde. Diese wurden ja von dem Kaiser zu Rathe gezogen, und auf sie hörten die übrigen Centumvirn. Was anfangs ganz ausnahmsweise in wenigen aus-

---

182) V. M. VII. 8. 3.

83) Quinctil. J. O. VII. 4. wenn nicht vielleicht statt Consules zu lesen ist Centumviros.

gezeichneten Fällen geschah, wurde allmählig näher begränzt und bestimmt, und mit festen Regeln versehn.

Auf diesen Ursprung deutet auch unverkennbar folgende Stelle des Quinctilian [184].

Jam *praejudiciorum* vis omnis tribus in generibus versatur: *rebus*, quae aliquando ex paribus caussis sunt judicatae, quae *exempla* rectius dicuntur, *ut de rescissis patrum testamentis vel contra filios confirmatis.*

Die ganze Kraft des Klägers sowohl als geschriebnen Erben bestand also darin, daß sie sich auf ähnliche Beispiele berufen konnten, worin ebenfalls Testamente ihres pflichtwidrigen Inhalts wegen zerstört, oder gegen die Anfechtungen der Kinder aufrecht erhalten wurden: nicht aber in einem Gesetze, oder überhaupt sichern Rechtsregeln, wie fast in allen andern Fällen.

Doch wissen wir [85]), daß schon zu Trajans und der Antoninen Zeiten unsre Lehre ziemlich ausgebildet und mit einer gehörigen Theorie versehn war. Auch gebe ich gerne zu, daß Einzelnes durch

---

184) Inst. Orat. V. 2. Vg. auch Schulting a. a. O. S. 284.

85) Vg. besond. Plin. Epist. V. 1. VI. 33.

Gesetze ergänzt, näher bestimmt, oder bestätigt wurde [186].

Das Princip nun, welches dieser ganzen Lehre vom pflichtwidrigen Testamente zu Grunde liegt, ist etwa folgendes.

Es ist der Natur und Billigkeit durchaus angemessen, daß jeder Erblasser wenigstens einen Theil seines Vermögens den mit ihm durch die Bande des Bluts aufs engste verbundenen Personen hinterlasse, und ihnen nicht ganz fremde Personen als Erben vorziehe, noch sie anders, als aus einer bedeutenden, trif-

---

186) Die Frage nach dem Ursprung dieser Klage ist äußerst bestritten worden. Es wäre indeß überflüssig, die ver- verschiednen Ansichten der neuern Juristen aus einander zu setzen. Daß sie durch die lex Glicia eingeführt sei, wie einst selbst der große Cujas, durch die Ueberschrift der L. 4. h. t. verführt, annahm, wird jetzt niemand mehr glauben. In einer besondern Abhandlung vertheidigte diese Meinung *Car. Lovardus* de vera orig. querelae inoff. test. ex lege Glicia Dresdae 1762. Andere leiteten sie aus kaiserlichen Constitutionen, andere aus dem Edict des Prätor, andere endlich aus dem Ansehn der Juristen her. Verschiedne Meinungen finden sich ausgeführt in folgendem Buche: S. T. *Siccama* de Judic. Centumv. editt. a Car. Fr. *Zepernick* Halae 1776. 8. Vg. bes. c. 6. und daselbst Zepernick in No. e. Glücks Pandekten. Bd. VII. S. 363—370.

tigen Ursache vom Nachlasse ausschließe. Wer dawider handelt, dessen ungerechter letzter Wille verdient auch vom Staate weder Anerkennung noch Schutz. Doch ließ sich dieses nicht auf einmal unmittelbar erreichen, da das Gesetz der XII Tafeln zu bestimmt allgemeine Testirfreiheit forderte. Die Juristen halfen daher durch eine Fiction. Ein solches Testament, sagten sie, kann nicht aus einem gesunden Willen des Erblassers hervor gegangen sein. Wäre er recht bei Sinnen gewesen, so hätte er seine nächsten Verwandten nicht ausschließen können. Er war in dieser Beziehung wahnsinnig und verrückt; und so wird das Testament als das eines Tollen umgestürzt. Diese Tollheit wird indeß natürlich nur fingirt, und kann daher nicht unmittelbar wirken.

Zu diesem Zwecke nun dient die *querela de inofficioso testamento*, welche vor das Centumviralgericht gebracht wird, so wie die Klagen über Erbe und Eigen überhaupt.

§. 17.

Vor allen Dingen müssen wir nun die Personen etwas näher ins Auge fassen, denen diese Klage ertheilt wird. Sehn wir auf den allmähligen, unbestimmten Ursprung derselben, so wird es von vorne

herein wahrscheinlich, daß auch hier anfangs keine Beschränkung auf einen engen Kreis von Personen Statt gefunden, sondern jeder in besondern Fällen, wenn er nur ein Intestaterbrecht hatte, einen letzten Willen als pflichtwidrig umwerfen konnte. Dieß bestätigt sich auch durch die obigen Beispiele des Valerius Maximus, und besonders noch durch eine Stelle Ulpians, welche an der Spitze unsers Digestentitels steht.

L. 1. h. t.

Ulpianus lib. 14. ad Edict. Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas; omnibus enim, tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. *Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.*

Diese Stelle zeigt deutlich, wie sich allmählich die Klage blos auf Eltern, Kinder und Geschwister beschränkte, aber sogar in Ulpians Zeiten noch die übrigen Cognaten keineswegs rechtlich davon ausgeschlossen waren, sondern nur keine Hoffnung haben konnten, wegen ihrer schon weitern Verwandtschaft, das Testament des Erblassers als frevelhaft gegen sie darzustellen [187].

---

187) Ueber die allgemeine Ansicht der Römer selbst rücksicht=

Unsre Klage steht also zuvörderst allen **Kindern** im weitesten Sinne zu. Und zwar gehören nicht blos die in der Gewaltlebenden, und die diesen vom Prätor Gleichgestellten hieher, sondern alle Descendenten überhaupt, natürliche und künstliche, mögen sie von der **Mutter** abstammen, oder vom **Vater**[188]). Daher können auch unehlich geborne Kinder gegen das Testament ihrer Mutter, deren nächste Blutsverwandte sie ja sind, klagen; freilich nicht gegen das des Vaters, weil sie keinen haben nach Römischem Recht.[89]).

Die adoptirten Söhne haben natürlich das Recht, gegen das Testament ihres Adoptivvaters zu klagen, da sie seinen ächten Kindern in jeder Hinsicht gleich stehen, und von dem Recht auch als die nächsten Blutsverwandten betrachtet werden. Wie verhalten sie sich aber zu ihrer Adoptivmutter? Lebt diese mit

---

lich ferner Verwandter vg. auch Cic. pro Cluent. 59. Die Fälle bei Sueton. Calig. 38, Nero 32, Tiber. 51, und Galba 5 vg. m. Tac. Ann. V. 1. gehören wenigstens der Analogie wegen hieher. Vg. L. 6 §. 1. h. t. *Ed. Schrader* Commentatio de nexu concessionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. Götting. 1802. p. 8 — 14. Er widerlegt die abweichenden Ansichten mehrer Gelehrten sehr richtig.

188) Pr. §. 2 J. h. t. L. 1 L. 2 §. 27 §. 3. D. c. 7. C. h. t.

89) Gaj. I. 63. L. 29. §. 1. h. t. c. 4. §. 3. C. Th. de legit. hered. vg. m. c. 9. C. de suis et legit.

dem Adoptivvater in strenger Ehe, so sind sie mit ihr ebenfalls durch die nämliche Gewalt verbunden, und haben ein gegenseitiges Intestaterbrecht als Geschwister. Als Kinder dagegen können sie auf keine Weise klagen. Lebt dieselbe aber in der später allein gewöhnlichen freien Ehe, so sind sie nicht im mindesten verwandt, und von gesetzlicher Beerbung kann keine Rede sein. Ueberhaupt hat ja die Mutter keinerlei Art Gewalt, so wenig über ihre eignen Kinder, als über adoptirte, und die ganze fingirte Blutsverwandtschaft der Adoptirten beruht einzig und allein auf dieser Gewalt. Hat indeß der Kaiser ausnahmsweise einer Frau das Recht der Adoption aus besonderer Gunst verliehen, so versteht sich, daß ein solches Adoptivkind auch das unbillige Testament dieser verstorbenen Adoptivmutter anfechten kann. [190]).

Justinian änderte hierin durch sein bekanntes Gesetz über die Adoption vom Jahr 530 manches. [91]) Ein von einem Fremden adoptirter Sohn sollte dessen Testament auf keine Weise angreifen können, und dieser überhaupt in seinem letzten Willen gar keine Notiz von ihm nehmen müssen. Dagegen kann jener

---

190) c. 5. C. de adopt. L. 29 §. 3. h. t.

91) c. 10 C. de adopt.

allerdings das Testament seines natürlichen Vaters durch die Klage umstürzen. Ueber diesen Punkt war früher Streit unter den Juristen gewesen. Einige hatten die Klage gestattet, andere, wie Papinian, aber verweigert, obgleich ein Adoptivsohn allerdings ein Intestaterbrecht an dem Nachlaß des natürlichen Vaters hatte [192]). Vielleicht bezog sich indeß der Streit auf die von einigen verlangte Gleichstellung der Adoptivkinder mit den Kindern des natürlichen Vaters in Bezug auf die Klage und Intestatsuccession, wie Schrader [93]) vermuthete. Doch möchte ich nichts bestimmtes behaupten, da man zugleich annehmen müßte, Justinian habe die eigentliche Bedeutung desselben nicht verstanden.

Ist dagegen der Adoptivvater zugleich auch ein natürlicher Vorfahre des adoptirten Kindes, gleichviel ob von väterlicher oder von mütterlicher Seite, so tritt die alte Adoption mit ihren vollen Wirkungen ein. Das Kind erhält auch die Klage gegen das Testament desselben, welche ihm aber in diesem Falle verweigert wird gegen das seines natürlichen Vaters. Es soll nicht zwei Väter haben, noch beider letzte Willen umstürzen können. Der

---

192) L. 1. §. 4. Unde cognati. c. 10. pr. §. 1. cit.

93) De nexu u. s w. p. 16.

nämliche Grund mochte auch wohl den Papinian zu seiner Meinung bewogen haben, wiewohl sie auf der andern Seite gegen die Ansicht der prätorischen Intestaterbfolge verstößt [194].

Bei den Adrogationen dauert ebenfalls das alte Recht fort [95]. Ob sich die vom Kaiser gestattete Adoption einer Frau nach der Analogie dieser oder der gewöhnlichen Adoption richte, wird von den Neuern bestritten. Ich möchte indeß die erstere Meinung vorziehn, eben wegen ihrer ausdrücklichen Bestätigung des Kaisers, der sie der Mutter grade zum Trost für die ihr von der Natur versagten leiblichen Kinder ertheilt [96].

Nach dieser neuen Verordnung ist denn auch, was oben über die *bonorum possessio contra tabulas* der Adoptiveltern gesagt wurde, zu modificiren. Was allgemein von der Adoption gegolten, beschränkt sich nun auf die noch vollwirkende Adoption der natürlichen Vorfahren.

---

194) Pr. c. cit. »ad eam tantummodo filius adoptivus spem totam extendat, et non patris naturalis successionem molestare concedatur. — — Et is *solus pater* intelligatur, quem lex fecit, et non natura dereliquit.«

95) C. cit. §. 5.

96) Vg. Schrader l. c. p. 25.

Auch Afterkinder können gegen ein pflichtwidriges Testament klagen, und zwar nicht blos solche, welche ohne den frühen Tod des Vaters in dessen Gewalt gekommen wären, sondern auch die nach dem Tode der Mutter und ihrer Vorfahren gebornen Kinder haben die Klage gegen den letzten Willen dieser. Denn es kommt hier blos auf die Cognation an.

L. 6. pr. h. t.

Ulpianus lib. 14. ad Edictum. Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus *suus heres, vel legitimus* potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore. Sed *et cognatorum: quia et horum ab intestato potest bonorum possessionem accipere.* Quid ergo? eis imputatur, cur intestati non decesserint? [197]) sed hoc nemo apud judicem potest impetrare; non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit: potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausulo de ventre in possessionem mittendo: item natus secundum tabulas haberet. Simili modo

---

197) Holoander liest: »si in utero mortis tempore *non fuisset.*« Ebenso alte Ausgaben. Diese Lesart kann denselben Sinn haben; doch haben die Basiliken die Negation ebenfalls nicht, und genauer ist auf jeden Fall doch die Lesart der Flor. Basil. Th. V. S. 196. Statt »decesserint« hat die Florent. »decesserant.«

et eum, qui *post testamentum matris* factum, exsecto ventre extractus est, posse queri dico [198]).

Vor allem ist dieß klar bei den eigentlichen Afterkindern, die in die Gewalt des Erblassers getreten und *sui heredes* geworden wären, wenn er nicht vor ihrer Geburt gestorben wäre.

Aber auch die nachgebornen Kinder, welche zur Klasse der *legitimi* gehören, z. B. Brüder oder Kinder der Mutter seit dem SCtum Orphitianum sollen nicht enterbt werden ohne Grund. Selbst bloße Cognaten, z. B. der mütterliche Großvater, oder vor dem SCtum Tertullianum die Mutter selbst, oder der Enkel, welcher von einem in Adoption gegebnen Sohn erzeugt wurde, haben die Klage gegen das pflichtwidrige Testament. Hier macht der Jurist aber sich einen Einwurf: Wie? Sollen die Erblasser kein Testament mehr machen dürfen, wodurch sie den Folgen der querela inofficiosi entgehen können? Sollen sie alle als intestati sterben müssen, so bald postumi erscheinen? Dergleichen postumi können sie ja gar nicht einsetzen, denn auch die lex Iunia erstreckt sich keineswegs auf Agnaten oder gar bloße Cognaten. Setzen sie dieselben dennoch ein, so ist dieß ungültig; die Nachgebornen sind also immer übergan-

198) Vg. c. 34. C. h. t.

gen, und haben die Querela, mit der sie das Testament umstürzen. So ist es wohl nach altem strengen Recht.[199]) Aber dieß kann niemand mehr, sagt Ulpian, beim Richter durchsetzen. Denn der Prätor gestattet allerdings die Einsetzung eines auch entfernteren Nachgebornen, und ertheilt ja zu diesem Behuf die bonorum possessio ventris nomine. Der Erblasser kann also dieselben in seinem Testament bedenken, und soll es auch. Nur wenn er es nicht gethan hat, steht diesen die Klage zu [200]).

Außer den Nachkommen können auch sämmtliche Vorfahren beider Linien und Geschlechter, welche ihre Kinder überleben, die pflichtwidrigen Testamente derselben anfechten [201]). Ein deutliches Zei-

---

199) Gaj. II. 241. 242. 287. L. 7 pr. de bon. possess. ventris nom.

200) Vg. besonders Cujas Erklärung zu dieser Stelle. Comment. in tit. D. de inoffic. test. *G. Noodt* ad Dig. in Opp. Lugd. Batav. 1724. tom. II. p. 159. Ein weitläufiges Griechisches Scholion zu dieser Stelle findet sich in Fabrots Basil. Th. V. S. 226 fgg.

201) Daß man schon frühe es für sehr unbillig hielt, im Testamente die Eltern zu übergehn, zeigt Cicero pro Cluent. 15. »Nam Avitus usque ad illius judicii tempus, nunquam testamentum umquam fecerat. Neque enim legare eiusmodi matri poterat in animum inducere; *neque testamento nomen ejus omnino praeter-*

chen, wie sehr es hiebei blos auf das natürliche Band der Blutsverwandschaft ankomme, ist namentlich auch das, daß der Vater selbst gegen das Testament seines in Adoption gegebnen, also jetzt in einer fremden Familie lebenden Sohnes, wirksam klagen kann [202]).

Den Geschwistern wurde ohne Zweifel in der klassischen Zeit ohne Unterschied die Klage gegeben. Auf diese aber wurde sie durch ein Gesetz der Kaiser Diocletian und Maximin vom J. 294 [3]) beschränkt, und alle übrigen Seitenverwandte ausgeschlossen, ohne Zweifel auch die übrigen Agnaten.

Constantin verordnete nun, Geschwister, welche blos durch die Mutter verwandt seien (uterini), sollen nicht zugelassen werden zur Klage, sondern blos *germani*, d. h. Geschwister durch beide Eltern. Ohne Zweifel befaßt dieser Ausdruck auch die blos durch den Vater verwandten Geschwister, und ist hier gleichbedeutend mit consanguinei. Dieß ergibt

---

mittere parentis.« Vg. L. 1. L. 15. pr. h. t. L. 7. §. 1 unde liberi. c. 6. C. de transact.

202) L. 30. pr. h. t. Val. Max. VII. 7. 5. Vg. die Glosse *Agere potest* zu dieser Stelle. Es darf durchaus nicht an den Fall gedacht werden, wo die Adoption z. B. durch Emancipation aufgehoben ist.

203) c. 21. C. h. t. Vg. L. 1. D. h. t.

sich schon aus dem Gegensatz mit der größten Sicherheit, ebenso aber auch aus der beigefügten Bestimmung: *adgnatione durante*. Selbst diesen wird nämlich nur insofern die Klage gestattet, als sie unter den Agnaten erben können. Justinian nahm dieß Gesetz auch in seinen Codex auf. Er nennt wirklich statt der germani die *consanguinei*. Zugleich hob er die Bedingung der fortdauernden Agnation auf: und grade deswegen mochte auch Tribonian, weil wenigstens ein deutliches Zeichen weggefallen war, den passenden eigentlichen Ausdruck an die Stelle des zweideutigern gesetzt haben[204].

Der Unterschied zwischen uterini und consanguinei, der dadurch hervorgebracht wird, ist offenbar eine Inconsequenz, und verstößt ganz gegen den übrigen Gang des Römischen Rechts, welches immer mehr die Cognation allein geltend machte. Am unpassendsten ist er aber in Justinians Gesetzgebung, da dieser ihn bestehn ließ, ungeachtet er seinen eigentli-

---

204) c. 1. C. Th. de inoff. test. c. 27 C. J. eod. Vg. *Iac. Gothofred.* ad L. 1 cit. C. Theod. *Heise* Diss. cit. p. 26—28. *Schrader* Diss. p. 20. 21. 27—32. — *I. H. Böhmer* Dissert. de querela inoff. fratrum consanguin. in ejusdem Exerc. ad Dig. Lib. V. t. 2. tom. II. p. 813. geht zu weit, wenn er die Klage auch auf die Geschwisterkinder ausdehnen will. Vg. unten Note 367.

chen Grund, die Fortdauer der Agnation, im nämlichen Gesetze aufhob, und ungeachtet derselbe Kaiser durch eine andere Verordnung [205]) die uterini in der Intestaterbfolge zu den consanguinei herauf hob. Ich kann mir die Sache daher nicht anders als aus einem Versehen der Compilatoren erklären.

Außerdem muß ich noch einer Beschränkung erwähnen, welche durch das nämliche Gesetz eingeführt wurde. Die Geschwister sollen nämlich nur dann die Klage haben, wenn ehrlose, anrüchige oder unanständige Personen ihnen als Erben vorgezogen, und sie dadurch noch besonders beschimpft wurden. Es herrschen mancherlei Meinungen unter den neuern Juristen über den Begriff dieser schändlichen Personen. Doch glaube ich, es werde mit vollem Recht die Ansicht immer mehr die Oberhand gewinnen, daß nicht an einen abgeschlossenen, bleibend geregelten Begriff zu denken sei, sondern sich dieser nach der besondern Beschaffenheit und Eigenthümlichkeit jedes einzelnen Falles, nach der allgemeinen Ansicht der Zeit und dem gangbaren Urtheile der Leute richte. So waren z. B. die Freigelassenen durchaus keine ehrlosen Personen; dennoch galt es für Entwürdigung, wenn man einen solchen dem leiblichen Bru-

---

205) c. 15. §. 2. C. de legit. hered.

der vorzog. Dasselbe würde wohl Statt finden, wenn ein hoher Adlicher seinem Bruder zum Trotz und Hohn z. B. einen Küchenjungen oder eine Maitresse statt dessen zum Erben ernennte [206]).

Eine interessante Frage beantwortet noch Ulpian [7]), nämlich: wer das Testament eines Unmündigen anfechten könne? Hat die Mutter dieß Recht? Dieß läugnet der Jurist, weil der Vater dasselbe errichtet hatte, und die Lieblosigkeit diesem, nicht dem Unmündigen zur Last fällt. Gegen ihn aber kann sie auf keine Weise sich beklagen, da er nicht verpflichtet ist, sie zu bedenken. Aber auch der Bruder des Vaters hat kein Recht, weil es seinem Inhalt nach doch Testament des Sohns ist, und er auf den Nachlaß dieses keine Ansprüche hat. Der Bruder des Sohns kann es eben so wenig unmittelbar anfechten, wohl aber mittelbar.

---

206) Vg. Val. Max. VII. 8. 4. §. 1. J. h. t. c. 1. c. 3. C. Th. h. t. Valett a. a. O. S. 75. a). *Iac.Gothof.* ad c. 3. C. Th. cit. *Donell.* Comment. de J. C. L. VI. c. 14. §. 10 in Buchers Ausg. B. III. S. 384.

7) L. 8 §. 5 h. t. »Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit; et ita Papinianus respondit, nec patris frater, quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.«

Denn er hat zugleich die Klage gegen das Testament des Vaters. Stürzt er dieses um, so fällt die Substitution von selbst zusammen. Zerstört er es aber nur zum Theil, wie dieß leicht möglich ist, wenn der unmündige Bruder darin eingesetzt wurde, so muß er wohl gegen die Substitution noch besonders klagen[208].

§. 18.

Wie nun aber, wenn mehre Personen aus verschiedenen zur Klage berechtigten Klassen zur gleichen Zeit vorhanden sind? Welche von ihnen haben vor andern den Vorzug? Hiebei ist dieses außer Zweifel, daß die Kinder alle übrigen berechtigten Personen ausschließen. Erst wenn sie die Klage nicht durchfechten können, oder nicht durchfechten wollen, dann können die Eltern auftreten, und das Testament angreifen.

L. 14. h. t.

Papinianus Lib. 5. Quaest. Pater filium emancipavit, et nepotem ex eo retinuit: emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita decessit: in quaestione de inofficioso testa-

---

208) Vg. ganz vorz. Cujac. Comment. in lib. V quaest. Papin. ad h. l. und den griechischen Scholiasten zu den Basil. Th. V. S. 236.

mento, *praecedente causa filiorum patris intentio adhuc pendet*: quod si contra filios judicetur, *pater ad querelam vocatur*, et suam intentionem implere potest [209].

Ob dagegen das nämliche Verhältniß zwischen Eltern und Geschwistern Statt finde, ist sehr bestritten. Denn aus c. 17. C. h. t. läßt sich nicht das mindeste schließen für unsere Frage. Sie sagt nur aus, daß die Mutter gegen das Testament ihres Sohnes klagen könne, selbst wenn dessen Schwester zur Erbinn eingesetzt wäre. Es ist nämlich in Bezug auf Kinder und Eltern ganz gleichgültig, was für Personen eingesetzt sind, ob andere Kinder oder Fremde [10]. Doch scheint es mir, grade wegen dieser durchgehenden Zurücksetzung der Geschwister sehr wahrscheinlich, daß sie nur nach den Eltern die Klage gehabt haben. So entständen 3 verschiedene Classen: Eltern, Kinder, Geschwister. Fällt die erste weg, so tritt die zweite ein, und ebenso wenn diese nicht klagt, die dritte. Doch ist dieß keineswegs sicher, und vielleicht schwankte auch hier die Lehre [11].

---

209) Vg. L. 16. §. 1. L. 31. pr. h. t.

10) L. 13. §. 1. L. 16. pr. h. t.

11) In der Regel machte sich, wenn Vater oder Mutter die Klage anstellen wollten, die Sache von selbst, indem diese den Geschwistern in der Intestaterbfolge

Noch schwieriger ist die Frage nach dem Verhältnisse mehrer Personen derselben Klasse. Sie wird indeß passender noch verschoben, und weiter unten bei der Natur und Wirkung unsrer Klage abgehandelt werden.

Von dieser Berechtigung zu klagen sind nun aber einzelne Personen ausgenommen. So erhält namentlich kein Arenarius, d. h. keiner, der in den Thierhetzen als Kämpfer auftritt, die Klage: und eben so wenig, wenn man nach der Analogie schließen darf, andere Personen, die ein so schändliches Gewerbe treiben: es sei denn, daß ihre Eltern, deren Testament sie anfechten, sich der nämlichen Schändlichkeit schuldig gemacht hatten.

Wichtiger ist eine Ausnahme anderer Art. Gegen das Testament eines Soldaten nämlich wird die Klage nicht gestattet, selbst nicht einem Soldaten, so lange es als Soldatentestament Kraft hat, also auch innerhalb eines Jahres nach seiner Verabschiedung [212].

---

vorgingen. Die Frage entsteht hauptsächlich, wenn fernere Ascendenten zugleich mit diesen concurriren, z. B. im Ordo: Unde cognati. Vg. auch Schrader a. a. O. §. 77. Ich werde bei der Novelle 115 darauf zurück kommen.

212) L. 8. §. 4. L. 27. §. 2. h. t. c. 9. C eod.

Dasselbe gilt von dem letzten Willen des Sohns in der Gewalt über sein *peculium castrense*: und es ist ganz gleichgültig, ob dieser ihn im Felde oder außer allem Kriegsdienste errichtet hat. Anders ist es in dieser Hinsicht in Beziehung auf den ehemaligen Soldaten. Dieser ist den gewöhnlichen Regeln unterworfen, selbst wenn er nur über Güter verfügte, welche er im Krieg erbeutet hatte [213]. Justinian ging noch weiter, und ertheilte dieß Privilegium auch den Testamenten der Söhne, welche die Erbfolge in das *peculium quasi castrense* bestimmen [14].

§. 19.

Wir haben bereits gesehn, was für Personen die querela de inoffi. testamento angeboten wurde: wir können uns daher jetzt zu den Bedingungen wenden, unter denen sie gegeben wird. Die Kinder werden, wie wir schon oben bemerkt, entweder von ihrem Vater eingesetzt oder gehörig enterbt

---

213) L. 8. §. 3. h. t. (Ulp.) »Papinianus — — ait, contra veterani *patrisfamilias* testamentum esse inofficiosi querelam, *etsi ea sola bona habuit, quae in castris quaesierat.*« Schon die Glosse faßte den Gegensatz, der nothwendig hinzu gedacht werden muß, richtig auf. c. 24 C. h. t.

14) c. 37. C. h. t.

oder übergangen. Im letztern Fall kommt ihnen das Civil- und prätorische Recht zu Hülfe. Das so geschützte Kind bedarf also unsrer Klage gar nicht. Sie wird ihm aber auch als außerordentliches Rechtsmittel nicht einmal gestattet, sobald es auf irgend eine andere Weise das väterliche Vermögen erhalten kann.

§. 2. J. h. t. Tam naturales liberi quam adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt [215]).

Man könnte sich durch einige andere Stellen verleiten lassen, an dieser so bestimmt ausgesprochenen Regel zu zweifeln: allein diese beziehn sich keineswegs auf Fälle, wo das alte Präteritionsrecht eintritt, sondern auf sonstige Gebrechen des Testaments [16]).

Werden dagegen übergangne Kinder weder vom Civil- noch prätorischen Recht geschützt, wie z. B. alle die von der Mutter oder mütterlichen Vorfahren übergangenen, so steht ihnen allerdings unser Rechtsmittel zu [17]). Ohne Unterschied ist es recht

---

215) L. 23. pr. h. t., L. 8. pr. de bon. poss. c. t. c. 4. C. de lib. praet.

16) L. 8. §. 12. h. t. c. 16. c. 14. C. eod. Vg. *Cujac.* Comment. ad L. 8. §. 12. h. t.

17) L. 3. L. 13. L. 27. §. 4. h. t. §. fin. J. de exher. lib. c. 15. c. 17. C. h. t.

eigentlich allen enterbten Kindern gestattet, die wenn sie auch ungerecht enterbt sind, ohne dieß der väterlichen Erbschaft ganz verlustig sein würden. Denn das Testament hat nach beiden Rechtssystemen volle Kraft und Wirkung, und kann nur außerordentlicher Weise als unbillig von den Centumvirn umgestützt werden.

Sind Eltern von ihren Kindern übergangen oder enterbt worden, so können sie ja dieser Unbill auf keine Weise widerstreben, als grade durch die querela inofficiosi. Denn wenn auch der übergangene Vater gegen das Testament seines emancipirten Sohns eine contra tabulas bon. possessio vom Prätor erhält, so wird ihm diese Hülfe doch nicht als Vater ertheilt, sondern vielmehr als Quasipatron [218]. Ueberhaupt hat hier die Enterbung nach der alten Römischen Ansicht gar keinen Sinn, sondern ist immer Uebergehung, sollte sie auch die äußere Form jener geborgt haben [19].

Dasselbe gilt natürlich auch von den Geschwistern.

Die Erbeinsetzung ward bekanntlich bei den Römern zu allen Zeiten für eine Ehrenbezeugung angesehn, die man einer andern Person erwies, indem

---

218) L. 14. h. t.

19) Vg. oben S. 17. ff. c. 17. C. h. t.

man sie zu seinem Repräsentanten ernannte. Je enger natürlich Personen durch Bande des Bluts und der Freundschaft verbunden waren, desto mehr waren sie gegenseitig schuldig, sich so zu beehren. Und die Uebergehung eines solchen im Testament galt allgemein für eine sehr bedeutende Schmach, die man ihm anthun wollte. Wer daher sein Kind oder seinen Vater auf solche Weise ungerecht beschimpfte, dessen Testament sollte auch nicht aufrecht erhalten werden [220].

Außer dieser strafbaren Vernachlässigung und Beschimpfung, welche schon für sich in der Meinung des Volks die Festigkeit des Testaments erschütterte, kommt noch ein anderer Umstand hinzu, der mehr in die Augen springt, und gewisser Maßen den Ausschlag gibt gegen das schon wankende Testament. Dieser ist die Unbilligkeit, so nahen Verwandten, den natürlichen Erben, keinen Theil des Vermögens zu hinter-

---

220) Cic. pro Quintio 4. »Heredem testamento reliquit hunc P. Quintium: ut, ad quem summus moeror morte sua veniebat, ad eundum *summus honos* quoque perveniret.« pro Cluent. 15. pro Caec. 4. Quinctil. Declam. 332. Val. Max. VII. 7. pr. L. 8. pr. L. 22. pr. h. t. c. 18. C. eod. L. 18. de lib. et post. (Ulp.) »Multi non *notae* causa exheredant filios »wo Accursius mit Recht bemerkt;« id est infamiae.«

lassen. Dieß führt uns auf die schwierige Lehre vom Pflichttheile.

§. 20.

Der Erblasser soll diesen Personen, für welche wir der Kürze wegen den Sohn nennen wollen, wenigstens einen gewissen Theil seines Vermögens hinterlassen. Er soll sie nicht ganz ausschließen dürfen, wenn dieß auch formel richtig geschehn würde. Diese Ansicht war dem alten Präteritionsrecht völlig fremd.

Wann und wodurch dieser Pflichttheil, diese *legitima portio* eingeführt wurde, darüber sind die Meinungen der Gelehrten sehr verschieden. Cujas wollte sie sogar aus jener *lex Glicia* herleiten [221]. Andere suchen ihren Ursprung in einem Edict des Kaisers Marcus, welche aber die Erwähnung des Pflichttheils bei Plinius hinlänglich wiederlegt [22]. Schon mehr Anhänger dürfte die Meinung finden, sie stamme aus der *lex Falcidia* her, welche auch Hugo wenigstens nicht verwirft. Andere endlich behaupten, sie sei durch die Juristen

---

221) Observ. XIV. 14. vg. mit III. 8. Siehe oben S. 140. Not. 186.

22) Plin. Epist. V. 1. Vg. *Cujac.* ad Pauli R. S. III. 8. §. 3. *Pancirol.* in Jurispr. Rom. et Att. tom. II. p. 983.

eingeführt, und durch ihr Ansehn gehalten worden, obwohl mit Rücksicht auf die lex Falcidia [223]). Mir scheint die letztere Ansicht den Vorzug zu verdienen. Denn daß das Falcidische Gesetz selbst des Pflichttheils keine Erwähnung gethan hat, geht wohl schon daraus klar hervor, daß in dem sehr großen Digestentitel ad legem Falcidiam derselbe gar nicht vorkommt. Noch deutlicher zeigt sich dieß, aus L. 8. §. 9 h. t. und Paul. R. S. IV. 5. 5. In beiden Stellen wird nämlich der Pflichttheil gerade mit der *quarta Falcidia* verglichen, ohne weitere Bezeichnung eines Unterschiedes derselben, welcher sich also von selbst verstand. Auch habe ich keinen Grund, welcher dieser Annahme, die dem Ursprung dieser ganzen Lehre gemäß ist, widerstreitet. Und nichts war natürlicher, als daß die Juristen bei Bestimmung dieses Pflichttheils, dessen Dasein selbst durch das Bedürfniß und die Stimme der Zeit hinlänglich verbürgt war, die allgemein bekannte und mit einer ausführlichen Theorie versehne quarta Falcidia zum Muster nahmen, und denselben ihr nachbildeten. So ward er dieser immer ähnlicher, und konnte sehr leicht mit ihr verwechselt werden. Der wahre Ursprung des Pflicht-

---

223) *Schulting* ad Pauli loc. cit. Hugo Rechtsgeschichte. S. 050. *Heinecc.* A. R. p. 458.

theils gerieth, da er sich an keinen festen Punkt halten konnte, immer mehr in Vergessenheit, und er wird nun nicht selten *quarta legis Falcidiae*, oder *Falcidiae quantitas* oder gar *quarta Falcidia* [224]) genannt. Daraus erklärt sich auch, wie nirgends ein Gesetz angeführt wird, dem er seinen Ursprung verdanke, und er doch öfters *legitima portio* heißt. Ebenso wird er auch von den alten Juristen oft *debita portio* genannt, niemals aber quarta Falcidia, welche Benennung in der spätesten Zeit gäng und gäbe ist.

---

224) L. 8. §. 11. h. t. gehört nicht hieher, da unter Falcidia die wirkliche ächte Falcidia zu verstehn ist. Dagegen vg. c. 31. C. h. t. c. 5. §. 3. C. ad leg. Jul. majest. c. 28. C. Th. de Judaeis coel. Lex Rom. Burg. tit. 31. Nov. Major. VI. L. 1. §. 3. (Jus *Civ.* A. J. p. 1379) Nov. 92 praef. Interpret. ad Pauli R. S. IV. 5. 6. (Schulting p. 398). Interp. ad Cod. Greg. II. 5. 2. (Schulting p. 691). Andere Stellen aus dem Mittelalter finden sich z. B. in von Savignys Geschichte des R. R. Th. II. S. 112. No. 86 u. 88. — S. 118. No. 106. — S. 125. No. 128. — S. 144. No. 166. — S. 220. No. 62. — Harmenopul gibt von der Falcidia, die er, mit den Basiliken, ὁ φαλκίδιος nennt, eine allerliebste Herleitung. Sie komme von falx, Sichel; und sichle gleichsam ein Stück von der Erbschaft weg. V. 9. §. 1. bei Reiz S. 305. Ebenso *Azo* Comment. ad Cod. zum Tit. Cod. ad legem Falc.

Ich habe bisher gegen die gewöhnliche Meinung voraus gesetzt, daß die Entstehung des Pflichttheils und die der querela keineswegs zusammenfallen. Denn aus der Geschichte beider geht hervor, daß der Pflichttheil erst später hinzu gekommen sei als wesentliche Bedingung jener Klage. Das machen schon alle die zahlreichen ältern Beispiele sehr wahrscheinlich, die von pflichtwidrigen Testamenten angeführt wurden, von denen aber keines des Pflichttheils irgend erwähnt; ferner die Beziehung derselben auf die lex Falcidia, welche (v. J. 714) selbst schon jünger ist, als die ältesten Beispiele. Endlich spricht dafür der Gang der Lehre überhaupt, die erst allmählig nähere Bestimmungen erhielt, und anfangs ganz frei blos auf der relativen Ansicht des Gerichtes beruhte. Freilich wird eben dieses selten oder nie dem enterbten Sohne zu Liebe das Testament umgeworfen haben, wenn diesem darin sehr beträchtliche Legate vermacht waren; ein Fall, der ohnehin äußerst selten gewesen sein wird. Aber es war doch hierin nicht an feste Bedingungen gebunden, die es beachten mußte.

Doch genug von Ursprung und Namen des Pflichttheils; jetzt von der Größe desselben. Er betrug, ehe Justinian dieß veränderte, den vierten Theil des Kopftheils, welchen der Berechtigte *ab intestato* erhalten haben würde.

Hatte z. B. jemand drei Söhne hinterlassen, so beträgt der Pflichttheil eines jeden eine Unze [224 a]). Man konnte dieß allerdings im alten Recht auch so ausdrücken. Der vierte Theil des Nachlasses muß unter alle Pflichttheilsberechtigte vertheilt, und so der Anspruch jedes Einzelnen bestimmt werden [25]). Eine solche Berechnung war allerdings schon vor dem SCtum Orphitianum in Rücksicht auf die Erbschaft der Mutter möglich; und zwar nicht blos in dem Fall, wo sie in strenger Ehe gelebt hatte, sondern auch bei der freien Ehe. Die Kinder wurden ja vom Prätor als nächste Blutsverwandte gerufen, und erhielten seine Intestaterbfolge im Ordo: Unde cognati [26]). Ebenso verhält es sich mit der Mutter in

---

224a). L. 8. §. 6. h. t. (Ulp.) »Si quis mortis causa filio donaverit *quartam partem ejus, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset,* puto secure eum testari« § 8. eod. c. 8. pr. C. h. t. c 31. C. eod. (Justin) »*legitimae portioni,* id est *quartae parti sc. ab intestato successionis.*« c. 2. C. de inoff. donat. c. 20. pr. C. de collat. c. ult. C. de bon. libert. Vat. fr. §. 280.

25) Vg. Valett. a. a. O. S. 77. 78. Der zweite Grund eines Unterschiedes, den er in Not. e. anführt, scheint mir nicht richtig zu sein, der erste bezieht sich nur auf das neuste Recht.

26) Vg. besond. Schulting zu Ulp. XXVI. 7. pag. 668. und zu Val. Max. VII. 7. 4. — L. 6. pr. h. t.

Bezug auf den Nachlaß ihrer Kinder vor dem SCtum Tertullianum.

Alle Personen, welche zur gleichen Zeit in der Intestatsuccession berufen sind, werden mitgerechnet, selbst wenn sie enterbt sind, und keinen Versuch zur Klage machen.

L. 8. §. 8. h. t.

Ulpianus lib. 14. ad Edictum. Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus; unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit [226 a]).

Der Enterbte erhält bei der Berechnung so gut seinen Antheil, als der Eingesetzte. Sind z. B. wie hier vier Enkel vorhanden, und drei von einem, einer von einem andern vorverstorbnen Sohn, und sind alle diese Enkel enterbt, so wird für den letzten

226a) Vg. Plin. Ep. V. 1. Daher das Sprichwort: »Exheredatus partem facit ad minuendam, numerum facit ad augendam querelam.«

1 $\frac{1}{2}$ Unzen, für jeden der ersten $\frac{1}{2}$ Unze als Pflichttheil gerechnet. Er ist ja gerade mit Rücksicht auf Ausschliessung von der Erbschaft eingeführt, wie sollten daher die Enterbten nicht mitgerechnet werden? Auf das bloße Anstellen der Klage kann es aber auch nicht ankommen. Gesetzt z. B. jene drei Enkel wollten nicht klagen, wohl aber der vierte. Sollte dieser nun auf 3 Unzen als Pflichttheil Anspruch machen, und grade deswegen das Testament des Vaters um so eher umstürzen können, weil seine Vettern es nicht anfechten? Uebrigens versteht es sich, daß wer enterbt wurde, und nicht klagt, seinen Pflichttheil auch nicht bekommt, sondern blos auf die Berechnung Einfluß hat.

Die Bestimmung des Pflichttheils richtet sich nach der Größe des Vermögens, wie es zur Zeit des Todes des Erblassers war [227]. Die Schulden und Leichenkosten werden zuerst abgezogen von der Erbschaftsmasse, und vermindern daher den Pflichttheil. Auch die im Testament ertheilten Freiheiten werden abgerechnet, da sie durch den Pflichttheil nicht gehindert werden [28]. Wenn es aber in der Digestenstelle heißt:

---

227) c. 6. C. h. t. L. 8. §. 11. h. t.

28) L. 8. §. 9. h. t. Paul. IV. 5. 6.

Cum igitur placet, quartam minui per libertates, eveniet, ut qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querelam excludat, nisi etc., so glaube ich nicht, daß Ulpian so geschrieben habe. Er hatte ohne Zweifel der lex Furia Caninia, welche die Freilassung der Sclaven sehr beschränkte, hier erwähnt, und die Compilatoren veränderten den letzten Theil seiner Worte [229]).

Der Pflichttheil konnte auf verschiedne Weise hinterlassen, und so den Notherben, wie wir mit Beziehung auf ihn jene berechtigten Personen jetzt wohl nennen können, Genüge gethan werden. Das Einfachste war freilich meistens die Erbeinsetzung auf eine Portion, welche den Pflichttheil erschöpfte, oder ihn überstieg. Wer daher zum alleinigen Gesammterben eingesetzt wurde, der bekam den Pflichttheil auf jeden Fall, wenn auch noch so viel Legate oder Fideicommisse auf der Erbschaft lasteten. Denn vor gänzlicher Aufzehrung schützte das Falcidische Gesetz oder das Senatusconsult des Pegasus. Ein Viertheil blieb ihm immer noch unversehrt [30]).

---

229) Vg. Gaj. I. 42. 43. Cujas und Schulting zu L. 8. §. 9. cit. den letzten in seinen Not. ad D. II. p. 64. und im J. C. A. J. pag. 397.

30) Plin. V. 1. Paul. IV. 5. 5. L. 8. §. 9. h. t.

Ebenso konnte der Pflichttheil aber auch in Legaten und Fideicommissen hinterlassen werden: denn es kam hier eigentlich nur darauf an, daß ein bestimmter Theil des Nachlasses an die Notherben kam, gleichviel wie [231]. Dabei ist denn zu bemerken, daß, so weit der Pflichttheil reicht, die quarta Falcidia nicht abgezogen werden darf [32].

Ferner wird eine Schenkung Todes halber, ja sogar eine Schenkung unter Lebenden angerechnet, die letztere indessen nur, wenn sie mit der bestimmten Absicht geschah, die Ansprüche der Notherben zu befriedigen [33]. Ebenso gehört hieher die sogenannte *quarta Divi Pii*, welche gewissen Adrogirten zukommt [34], und nicht minder vormals die *quarta*, welche durch ein Sabinianisches Senatusconsult, von dem wir freilich nicht mehr viel wissen, dem aus drei Brüdern in Adoption Gegebnen vom Adoptivvater zukam [35]. Die Dos, welche der Vater für seine Tochter bezahlt, wurde früher nicht

---

231) §. 6. J. h. t. c. 33. pr. c. 36. C. h. t.

32) L. 87. §. 4. de leg. II. c. 36. pr. C. h. t.

33) §. 6. J. cit. L. 8. §. 6. L. 25. pr. h. t. c. 35. §. 2. C. eod.

34) L. 8. §. 15. h. t.

35) §. 14. J. de hered. quae ab int. c. 10. §. 3. C. de adopt.

angerechnet, weil sie vor seinem Tode aus seinem Vermögen ausgeschieden worden war. Ein Gesetz des Zeno veränderte aber dieß, und gebot, nicht blos die Dos, sondern auf gleiche Weise auch die *ante nuptias donatio* beim Pflichttheil in Anschlag zu bringen, und mitzurechnen [236]).

Endlich zog Justinian sogar die Kosten hieher, welche auf gewisse käufliche Stellen, *militia*, für den Notherben verwendet wurden. Dieß ist indeß natürlich so sehr mit dem damaligen Hof- und Dienstsystem verbunden, daß an Analogien in unsern Verhältnissen nicht gedacht werden darf [37]).

Eine ganz neue Bestimmung der Größe des Pflichttheils machte nun Justinian, aber erst nach der Herausgabe seiner Rechtsbücher. Der Kaiser verordnete nämlich: wenn nicht mehr als vier Kinder vorhanden wären, sei der Erblasser gehalten, ihnen einen Drittheil der Erbschaft zu hinterlassen, und es genüge nicht mehr, wenn sie blos den vierten Theil erhalten. Wer mehr als vier Kinder habe, soll ihnen die Hälfte seines Vermögens vermachen. Dieß soll dann nach Recht und Billigkeit mit besonderer Rücksicht auf Quantität und Qualität

236) Cod. Greg. II. 5, l. 2. L. 11. h. t. c. 29. C. eod.
37) c. 30. §. 2. C. h. t. c. 20. C. de collat.

der zugewandten Sachen unter sie vertheilt werden [238]). Dadurch änderte er indeß die Natur des Pflichttheils als eines Theils der Intestatportion keineswegs [39]).

Bezieht sich dieß Gesetz auch auf die übrigen Notherben, die Eltern und Geschwister? Die herrschende Meinung [40]) bejahet diese Frage, und nicht mit Unrecht. Denn wenn gleich die Endworte des ersten Capitels: hoc observando *in omnibus personis*, quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est, im Zusammenhang des Ganzen gelesen, unvermuthet überraschen, und die Sache gar kurz durch sie abgethan wird, so lassen sie sich doch nicht anders erklären [41]). Ueberdieß wird diese Ausdehnung auf sämmtliche Notherben auch bestätigt durch die Scholiasten der Basiliken, woraus wir

---

238) Nov. 18. pr. c. 1. 2.

39) Vg. Nov. 39. c. 1. Nov. 66. §. 5. Nov. 89. c. 12. §. 3.

40) Schon der Glosse zu dieser Stelle, die indeß noch schwankt.

41) Ich glaubte früher die Stelle so erklären zu können: dieß gelte nur bei allen den Personen, welchen schon das alte Recht einen Pflichttheil zuerkannte, d. h. bei allen ächten Kindern, nicht aber bei den Concubinenkindern, von welchen ein großer Theil unsrer Novelle handelt. Diese Auslegung ist aber offenbar gezwungen, und mehr als unwahrscheinlich.

sehn, daß sie in Justinians Reiche praktisch anerkannt war [242].

§. 21.

Wir kommen jetzt zu der eigentlichen Natur und Beschaffenheit der querela de inofficioso testamento selbst: und hier begegnet uns sogleich jene berühmte Controverse der neuern Juristen, von welchen die einen sie als eine besondere Art der hereditatis petitio, mithin als *actio in rem* betrachten, während andere sie für eine *actio in personam* halten, andere endlich behaupten, sie gehöre überall nicht zu den Actionen. Ich gestehe, daß ich mich in nicht geringer Verlegenheit befinde, wenn ich mich für eine dieser verschiedenen Meinungen entscheiden soll [43]. Früher war ich der Meinung, sie für eine persönliche

---

242) Vg. Schol. in Fabrots Basil. T. V. p. 483 und 349. Ueber die Zahlenverhältnisse bei Bestimmung des Pflichttheils siehe d. Auss. von Schrader in den Abh. aus dem Civilr. Bd. I. S. 169 ff.

43) Trefflich sind sie dargestellt worden in folgender Dissert. *Cl. A. Klenze* Querelae inoff. testamenti natura ex principiis juris Romani Antejust. eruta. Berol. 1820. 4. *Koch.* Bon. Poss. §. 152. äussert sich über diese Streitfrage etwas erbaulich so: »Diese längst abgethane Frage, ob die Querela inoff. test. eine species hereditatis petitionis sei oder nicht? kann man an sei-

Klage anzusehn [244]), und in gewissem Sinne bin ich es auch gegenwärtig noch. Doch scheint mir die ganze Frage nach Gajus Entdeckung jetzt eine andere Beantwortung zu erfordern.

Durch ihn erfahren wir, daß vor den Centumvirn durch *legis actiones*, nicht durch *formulae* die Klagen verhandelt wurden. Dieses gilt ohne Zweifel auch von der querela inofficiosi, und es ist fürs erste bei ihr an keine Formel zu denken, zumal dieß noch ausdrücklich bestätigt wird durch Valerius Maximus VII. 7. 2.

Sacramento cum adolescentulo *contendere* ausi non sunt.

VII. 8. 2. Afrania cum sorore *sacramento contendere* noluit [45]).

---

nen (!) Ort gestellt sein lassen, und Vinnius hat die bejahende Meinung auf das überzeugendste bewiesen, aller andern soliden Juristen z. B. Voets, Hubers rc. nicht zu gedenken.«

244) Hauptstellen sind: L. 20. pr. de bon. poss. c. t. L. 6. §. 1. 2. L. 7. L. 14. L. 20. h. t. c. 34. C eod. und besonders Paul. R. S. IV. 5. 4. Vg. Cujas und Schulting zu dieser Stelle. Bethmann-Hollweg über die Competenz des Centumviralgerichts in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. Bd. V. vorz. S. 369. 383. Diese vortreffliche Abhandlung hat mich auf meine Vermuthung erst geleitet.

45) Vg. VII. 7. 5.

So war hier die *legis actio sacramento* gewiß sehr lange Zeit noch in Gebrauch, nachdem die legis actiones im Allgemeinen schon längst abgeschafft waren, vielleicht so lange das Centumviralgericht überhaupt bestand. Daraus erklärt sich vielleicht auch die Ungewißheit, in der wir immer noch schweben über die Natur unsrer Klage, indem keine Erwähnung dieser alten Klageform in die Compilation Justinians übergehn konnte.

Schon früh aber finden wir in einzelnen Fällen statt der Centumvirn einen *judex* über ein pflichtwidriges Testament urtheilen. Dieser bedurfte ohne Zweifel einer *formula*, welche ihm vom Prätor gegeben ward [246]. Ferner wird an einem andern Ort eine *intentio* erwähnt, die wieder ganz bestimmt auf eine Formula hinweist [47]. Während das Centumviralgericht allmählich von neuem sank, und endlich ganz aufhörte, und indem die Legis Actiones immer

---

246) L. 8. §. 16. h. t. (Ulp.) »Si *ex causa* de inofficioso cognoverit *judex*, et pronunciaverit contra testamentum, *nec fuerit provocatum* etc. Vg. Keller Lit. Cont. S. 386. Die Stelle trägt keine Spur einer Interpolation an sich.

47) L. 14. h. t. Zu beachten ist, daß die *Litis Contestatio* erst sehr spät einmal genannt wird. c. 5. C. h. t., während eine praeparatio litis, lis nata u. dgl. häufig vorkommt.

mehr erloschen, verdrängte sicher die Formel das Sacramentum auch hier völlig, und blieb allein übrig.

Es scheint indeß, als ob die Schwierigkeit blos vermehrt worden, uud wir keinen Schritt weiter gekommen wären. Doch geht mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit aus diesem hervor, daß der Formula eine Sponsio zu Grunde gelegen habe zwischen Erben und Notherben: was sich auch am leichtesten denken läßt, da man in der That nicht weiß, worauf die Formel sonst gerichtet werden sollte[248]. Als endlich auch der Formelproceß aufhörte, da war es ganz natürlich, daß die Querela inofficiosi eine ganz gewöhnliche Klage auf Umsturz des Testaments wurde, ein praejudicium, worauf dann die hereditatis petitio ab intestato als unmittelbare Folge angestellt werden konnte. Doch wird natürlich in den meisten Fällen das erstere schon genügt, und der Sieger der letzten Klage nicht mehr bedurft haben, so daß sie von dieser praktischen Seite angesehn äußerlich mit der hereditatis petitio ziemlich zusammenfiel, bis sie endlich ihre außerordentliche Natur ganz ablegte, und zu dieser wurde, wie wir später sehn werden.

Die Personen, welche hier als Kläger auftreten

---

248) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 384. Not. 48. S. 391.

können, haben wir schon früher kennen gelernt. Auch haben wir bereits gesehn, daß sie entweder enterbt oder übergangen sein müssen, und ihnen keine anderen Rechtsmittel zustehn dürfen. Noch bleibt uns übrig, die Beziehung des Pflichttheils auf die Querel näher ins Auge zu fassen.

Wer nicht den vollen Pflichttheil erhielt, der konnte die Klage immer anstellen, wenn er auch zum Theil bedacht war, ja sogar wenn er eingesetzt war auf einen kleinen Theil. Doch stand ihm, sobald der Erblasser ihm wenigstens etwas vermacht hatte, auch eine Klage zu auf Ergänzung des Pflichttheils, deren Anstellung natürlich die Querel dann unmöglich machte.

Paul. R. S. IV. 5. 7. Filius in judicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut *quarta* sibi a *coheredibus* fratribus *citra inofficiosi querelam impleatur*, jure desiderat [249]).

Um dieser Gefahr, daß das Testament umgeworfen werde, zu entgehen, scheint es unter den Erblassern nach und nach Sitte geworden zu sein, daß sie durch eine besondere Cautio in ihrem letzten Willen den Erben auftrugen, wenn vielleicht die Notherben zu we-

---

249) Vg. Schulting ad. h. l. S. 398. L. 2. Cod. Greg. h. t. L. 25. pr. h. t. c. 3. c. 30 pr. c. 32 C. h. t.

nig bedacht sein sollten, den Pflichttheil nach der besten Einsicht eines rechtschaffnen Mannes voll zu machen. An seinen Ausspruch sollten sie sich dann halten, und so das Testament sicher gestellt bleiben[250].

Daher verordnete Justinian schon vor der Herausgabe der Digesten, diese Caution solle immer als wahrer Wille des Erblassers vorausgesetzt werden, wenn er sie auch nicht ausdrücklich im Testament erwähnt habe. Sobald daher nur irgend ein Theil des Nachlasses dem Notherben irgendwie hinterlassen ist, soll die Querel ihm nicht mehr zustehn, sondern er soll blos die Ergänzung des Pflichttheils fordern können[51]. Dem Erben, welchem dieselbe obliegt, ist es nicht gestattet, die Notherben der Undankbarkeit zu beschuldigen gegen den Erblasser, und ihnen auf diese Weise den Pflichttheil streitig zu machen, ausgenommen in dem Fall, wo

---

250) c. 4. C. Th. (Constantinus). »Cum scribit moriens, *ut arbitratu boni viri*, si *quid minus filiis sit relictum*, quam modus *quartae*, quae per successionem bonis tantum liberis debetur, efflagitat, *id ipsum ab herede eisdem in pecunia compleatur*, manifestum est, *nullam* iam *prorsus nec super testamento*, nec super donationibus *querelam remanere*, praesertim cum universa eadem repellat et reprimat, quae ad pecuniam rediit, taxatio justa.«

51) §. 3. J. h. t. c. 30. pr. §. 1. C h. t.

das Testament selbst sie ausdrücklich als undankbare darstellt, welche des vollen Pflichttheils nicht werth seien. Denn die ganze Regel wurde nur im Sinne des Erblassers, um seinen letzten Willen aufrecht zu erhalten, gegeben. Zeigt dieser aber mit Bestimmtheit eine andere Gesinnung, so fällt natürlich auch diese Ergänzung seines Willens weg, und die Querel wird mit Recht angestellt. Im übrigen soll der Erbe durchaus nicht zögern, sondern sobald als möglich den Notherben mit Auszahlung des ganzen Pflichttheils befriedigen. Selbst wenn der Erblasser in seinem Testamente durch hinzugefügte Bedingungen den Aufschub der Auszahlung veranlaßte, oder sonst den Pflichttheil beschwerte, so sollen diese Verfügungen, so weit sie diesem hinderlich sind, nicht gelten, und für nicht beigeschrieben gehalten werden [252].

Diese Ergänzung des Pflichttheils geschieht *ipso jure* [53]. Der Notherbe kann sie daher durch eine *condictio ex lege*, welche hier von den Neuern *actio expletoria*, *suppletoria* genannt wird, fordern, ebenso gut aber auch durch jede andere Klage, wo-

252) c. 30 pr. c. 32. C. h. t. c. 36. §. 1. eod.

53) c. 36 pr. C. h. t. »attamen *ipso jure inesse* eandem repletionem.« Vg. die Glosse: Exigere zu c. 30 pr. C. h. t.

mit das einzelne vermachte Stück des Nachlasses begehrt wird, so z. B. wenn er zugleich zum Erben eingesetzt ist, durch die actio familiae herciscundae [254]).

Die Querela inofficiosi findet dem zufolge nur noch für solche enterbte oder übergangne Notherben Statt, denen gar nichts hinterlassen wurde, die also im strengsten Sinne vom Nachlaß ausgeschlossen wurden [55]).

Es läßt sich nun aber denken, daß der übelwollende Erblasser, da er seinen Notherben den Pflichttheil so nicht entziehen kann, das Vermögen noch bei seinen Lebzeiten so zu schmälern trachtet, daß nach seinem Tode der Pflichttheil nur äußerst unbedeutend ausfällt, und er am Ende doch seinen Zweck erreicht, dem Notherben den ihm zukommenden Vermögenstheil zu entziehen. Allein auch hiefür traf man Sorge. Wenn nämlich jemand in dieser Absicht sein Vermögen verschleudert, indem er unmäßige Schenkungen macht, oder übergroße Dotes bestellt, so werden dieselben, in so weit sie den Pflichttheil unredlicher Weise vermindern, aufgehoben. Zu diesem Zweck sind nach Analogie der Querela inofficiosi

254) Das Letztere wird gewöhnlich übersehn. c. 2. C de inoff. donat. Vg. indeß *Claud. Chifletius* de Portionib. legit. in Ottonis Thes. V. pag. 762 sq.

55) c. 30. §. 1 C h. t.

besondere Klagen eingeführt, die *querela de inofficiosis donationibus* und *dotibus* [256]).

Der Sohn nun, welcher als Kläger gegen des Vaters Testament auftritt, muß zeigen, daß er unverdienter Weise und daher ungerecht und pflichtwidrig vom Nachlasse ausgeschlossen sei. Der Vater aber, weil er eben so ganz gegen die Natur gehandelt habe, sei gleichsam nicht recht bei Verstand gewesen, als er das Testament errichtete. Sonst hätte er unmöglich so lieblos verfügen können. Das Testament müsse daher als das eines gewisser Maßen Geistesschwachen und Wahnsinnigen umgestoßen werden. Er behauptet indeß keineswegs, daß wahrer Wahnsinn vorhanden war, denn sonst wäre das Testament ipso iure nichtig, und es bedürfte keines Umstürzens mehr. Man muß sich vielmehr das immer klar vor Augen halten, daß ein solches pflichtwidriges Testament nach Civil- und prätorischem Recht vollkommen gültig, und in keiner Hinsicht mangelhaft war, sondern

256) Cod. III. 29 de inoff. donat. 30 de inoff. dot. Ebenso Cod. Th. II. 20. 21. Kurz und gut zusammen gestellt findet sich diese Lehre bei Mühlenbruch Doct. Pand. §. 583., auf den ich verweise. Vg. auch Zimmern in seinen und Neustetels Römisch-rechtlichen Untersuchungen. Heidelb. 1821. Bd. I. S. 58—79.

erst durch das Ansehn des Gerichtshofes der Centumvirn seiner Kraft beraubt und zerstört wurde [257]).

L. 2. h. t.

Marcianus. Hoc *colore* de inofficioso testamento agitur, quasi *non sanae mentis* fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit; sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si *vere furiosus* esset, vel demens, *nullum est testamentum* [58]).

Ein strenger Beweis von Seite des Sohnes war freilich unmöglich. Er konnte höchstens darthun, daß er mit seinem Vater in einem äußerlich guten Verhältnisse gestanden, daß er nicht in offenbarer Feindschaft mit ihm gelebt habe. Dieß schloß aber Un-

---

257) Daß dieser sogen. color insaniae nicht klügelnde Erfindung der Juristen war, um ihre Theorie zu beschönigen, sondern von ihnen aus der allgemeinen Ansicht aufgegriffen wurde, zeigt der Dichter Juvenal Sat. X. 232 deutlich.

Sed omni
Membrorum damno major *dementia*, quae nec
Nomina servorum, nec vultum agnoscit amici,
Cum quo praeterita coenavit nocte, nec illos,
Quos genuit, quos eduxit. Nam *codice saevo*
Heredes vetat esse *suos*, bona tota feruntur
Ad Phialen.

und *Seneca* de Clem. I. 14. »Numquid aliquis *sanus* filium a prima offensa exheredat.«

58) pr. J. h. t. L. 5. eod. c. 16. C. famil. hercisc.

dankbarkeit des Sohns, und gerechten Unwillen des Vaters, welcher ihn enterbte, nicht aus. Eben weil die ganze Sache auf dem freien Urtheil des Gerichtshofes beruhte, und sich mehr faktisch ohne bestimmte Regeln entwickelt hatte, mußte dieser auch hierin freie Hand haben, und konnte gewiß auch vom geschriebnen Erben, wenn es ihm angemessen schien, Beweis der Undankbarkeit des Sohnes verlangen. Natürlich stand es auch wiederum diesem offen, von freien Stücken die gerechte Enterbung des Testaments zu beweisen. Auf solche Weise läßt sich ein gewisses Schwanken, welches sich namentlich auch in einem Gesetze Constantins zeigt, zu dessen Zeiten das Verfahren schon etwas geregelter war, leicht erklären[259]. Damit steht auch c. 30. pr. C. h. t. allerdings in gewisser Beziehung, wenigstens indirect, obgleich hier Justinian eigentlich blos von dem Fall spricht, wo dem Sohne etwas im Testament hinterlassen wurde, nur nicht der volle Pflichttheil. Dann soll es dem Erben nicht erlaubt sein, unter dem Vorwand der verdienten Bestrafung des Sohns, wovon kein Wort im Testamente

---

259) L. 5. h. t.: »verbi de inofficioso vis illa est, *docere immerentem se*, et ideo indigne praeteritum.« c. 28. C. h. t. c. 2. C. Th. eod.

steht, ihm die Ergänzung des Pflichttheils zu verweigern.

Weil nun der Sohn zu zeigen hat, daß der Vater bei Errichtung des Testaments nicht recht bei gesundem Verstande war, so erklärt sich die Bestimmung sehr leicht, daß er von der Klage zurück gewiesen wird, sobald er irgendwie den letzten Willen desselben anerkannt hat. Hat er z. B. ein ihm vermachtes Legat angenommen, so darf er nicht mehr klagen. Dieser Fall kann freilich seit jener Justinianischen Verordnung nicht mehr vorkommen, da er schon deßwegen von der Klage ausgeschlossen ist, weil ihm etwas hinterlassen wurde. Aber wenn er auch nur das Legat eines Fremden billigte, indem er diesem gegen den Erben beistand, so kann er das Testament des Vaters als pflichtwidrig nicht mehr anfechten[260].

Stirbt der Notherbe vor Anstellung der Klage, geht sie dann auf seinen Erben über? Daß sie sich

260) L. 23. §. 1. h. t. (Paul.) »Si hereditatem *ab heredibus* institutis *exheredati emerunt*, vel res singulas, *scientes* eos heredes esse, aut *conduxerunt* praedia, aliudve quid simile fecerunt: vel *solverunt heredi*, quod testatori debebant: *judicium defuncti adgnoscere* videntur, et a querela excluduntur.« L. 32. L. 8. §. 10. L. 10. §. 1. L. 12. L. 31. §. 3. 4. h. t. L. 5. pr. quib. ut indign. c. 8. §. 1. C. h. t. c. 35. §. 2. 3. C. eod. c. 7 C. Th. h. t.

nicht wie die meisten andern Klagen vererbe, ersieht man schon daraus, daß dieselbe auf einen bestimmten kleinen Kreis von Personen beschränkt, und nicht jedem vergönnt ist [261]). Sobald sie aber angestellt und gleichsam entstanden, sobald also die Litis Contestatio eingetreten ist, so geht auch sie auf die Erben über [62]).

Man ging aber noch weiter, und ließ die Klage sich vererben, selbst wenn sie blos vorbereitet war. Diese Vorbereitung kann auf verschiedne Weise geschehn. Namentlich erhält sie bei dem emancipirten Sohn oder dem bloßen Cognaten eine eigenthümliche Gestalt. Diese müssen nämlich, bevor sie das pflichtwidrige Testament anfechten, das Edict des Prätors angehn, und da um die bon. poss. ab intestato: *Unde liberi* oder: *Unde cognati* ansuchen, damit sie, wenn sie im Processe siegen, und das Testament umstürzen, sogleich die Erbschaft ab intestato haben können. Dieß ist die sogenannte *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, welche völlig falsch von einigen Neu-

---

261) Siehe oben §. 17. L. 9. §. 2. de dolo malo. Wird die Anstellung durch List der Erben absichtlich so lange verzögert, so können freilich die Erben des Sohns auf Schadensersatz gegen jene klagen.

62) c. 5 C h. t. L. 8. §. 10. h. t.

ern für eine besondere Art der prätorischen Erbfolge gehalten wurde [263]).

Der Sohn in der Gewalt bedarf ihrer nicht, weil er schon durch juristische Nothwendigkeit unmittelbar Erbe ist, sobald das Testament zerstört ist. Ist er daher bis zur **Denuntiation** oder **Einreichung der Klageschrift** vorgeschritten; ja sogar hat er nicht Anstalten zur Klage gemacht, sondern blos mit derselben gedroht, und sich geäußert, er werde sie anstellen, so wird dieß schon als Vorbereitung angesehn, und die Klage geht über.

L. 7. h. t.

Paulus lib. sing. de centumviralibus [64]) judiciis. Quem ad modum *praeparasse* litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus? Et ponamus, in potestate fuisse eum, ut *neque bonorum possessio ei necessaria, et aditio hereditatis supervacua*

---

263) Die richtige Meinung hat indeß *Cujac.* Parat. ad Cod. III. 28. dargestellt. Vg. *Averanii* Interp. Jur. L. I. c. 8. tom. I. p. 57—80. Koch Bon. Poss. S. 192. Hugo Rechtsgesch. S. 533. Klenze a. a. O. S. 12. 13. Sie ist nun auch in die meisten neuern Handbücher z. B. von Thibaut, Mühlenbruch, Mackeldey aufgenommen worden. Bis zu Hartitsch freilich ist sie nicht gedrungen. Vg. dessen Erbrecht §. 8.

64) So liest Haloander und alte Ausgaben richtig. Die Flor. hat Septemviralibus.

sit: is, si *comminatus* tantum accusationem fuerit, vel usque ad *denuntiationem* vel *libelli dationem* processerit, ad heredem suum accusationem transmittet: idque *D. Pius* de libelli datione et denuntiatione rescripsit. Quid ergo, si in potestate non fuerit? an ad heredem actionem transmittat? Et recte videtur litem praeparasse, si ea fecerit, quorum supra mentionem habuimus.

Wenn diese Stelle ächt und unentstellt ist, so ist merkwürdig, daß schon zu Pius Zeit und beim Gerichtshof der Centumvirn von Denuntiation und Klageschrift die Rede war. Jene ist indeß wohl eine bloße Anzeige, daß man klagen wolle, und nicht mit den spätern Denuntiationen zu verwechseln, die bei unserer Klage grade erlassen wurden[265]. Worauf bezieht sich aber das Wort supra? Es scheint, als habe Paulus einen Unterschied zwischen dem Sohn in der Gewalt und dem Emancipirten machen wollen. Jener bedurfte der bonorum possessio nicht, wohl aber dieser. Ohne diese bon. possessio erbeten zu ha-

265) c. 6. C. Th. de denunt. Vg. Savigny über das Interdict quorum bonorum in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. VI. S. 244 ff. Cujas versteht unter dem libellus eine Klageschrift, die dem Gegner zur Einsicht übergeben wurde. Vg. L. 1. §. 1. de edendo, nicht eine solche, welche man dem Magistrat überreichte. Comment. ad h. l.

ben, hatte der Emancipirte die Klage nie vorbereiten können, so daß sie auf seinen Erben überging; denn dieser konnte jene nicht für seine Person erhalten, weil sie eine bon. possessio intestati war, die dem Sohn als solchem bei Lebzeiten zugestanden hatte. In den übrigen Vorbereitungen standen sie sich gleich. D. h. zu der erhaltenen bon. possessio kann nun auch die Denuntiation und Klageschrift kommen; die Drohung lag schon in ihr selbst, und auf diese Weise machte sie immer den Uebergang der Klage auf den Erben möglich [266]). Daß aber jene nothwendig war, erklärt sich leicht. Es mußte den Centumvirn daran liegen, ein Testament nicht aufs ungewisse hin umzustürzen, sondern nur, wenn sie sicher sein konnten, daß die Erbschaft ab intestato angetreten würde. Es läßt sich freilich denken, aber nur sehr selten und ausnahmsweise, daß etwa ein Fremder, den man aber z. B. allgemein für einen Sohn des Erblassers hält, das Testament desselben anficht, und wirklich den Proceß gewinnt. Die Centumvirn vernichten das Testament und die Intestaterbfolge tritt ein. Allein die wirklichen Intestaterben entreißen ihm die Erbschaft wieder, an die er weiter gar kein Recht hat [67]).

---

266) L. 6. §. 2. L. 8. pr. L. 22. §. 2. h. t. c. 5 C eod.

67) So erklärt sich L. 6. §. 1. h. t.

Wie aber, wenn die Erben des Notherben ebenfalls Notherben sind, geht dann die Klage auch unvorbereitet auf sie über? Oder findet überhaupt eine *Successio graduum* Statt? Denn blos von dieser müssen wir hier reden, da die sogenannte successio ordinum schon oben erörtert wurde. Die letztere allgemeine Frage ist sicher zu verneinen, da Justinian sie ausdrücklich läugnet. Ebenso aber auch die erste, da derselbe Kaiser eine einzeln stehende Ausnahme zuerst neu eingeführt hat. Er verordnete nämlich, daß die Klage ipso iure von dem Sohne, wenn er sie seines eignen Todes wegen nicht anstellen konnte, auf dessen Nachkommen übergehen solle. Hat er sie dagegen nicht anstellen wollen, so soll auch der Enkel nicht klagen dürfen. Diese Bestimmung zeigt deutlich, daß der Enkel die Klage nicht sowohl aus seiner eignen Person hat, als aus der seines verstorbnen Vaters, obgleich sich von einer andern Seite betrachtet, auch wieder jenes behaupten läßt [268]).

Noch müssen wir hier einiger Beschränkungen er-

---

268) c. 34. c. 36 §. 2 C. h. t. Vg. Schrader a. a. O. S. 48—52. Es ist unbegreiflich, wie hierüber so großer Streit sein konnte unter den Neuern, wenn man jene Gesetze nur etwas aufmerksam durchliest.

wähnen, welche die Klage leidet. Da sie durchaus nur für gewisse Personen gegeben wird, die selbst durch die Ausschließung von der Erbschaft sehr gekränkt wurden, so darf nicht einmal der Vater im Namen seines Sohnes klagen, es sei denn, daß dieser seine Einwilligung gegeben hat [269]).

Ferner hat die Querela inofficiosi, eben weil sie so ganz auf dem Dafürhalten und Urtheile des Gerichtshofes beruhte, eine besondere Klagenverjährung. Aehnlich wie über den Stand eines Verstorbnen nur innerhalb 5 Jahren nach dessen Tode ein Proceß erhoben werden darf, so ist auch diese Klage an die Frist von 5 Jahren gebunden [70]). Modestinus ließ sie von der Zeit des Todes des Erblassers an laufen, Ulpian dagegen vom Augenblick der durch den geschriebnen Erben angetretnen Erbschaft. Die letztere Meinung bestätigte Justinian. Zugleich suchte er aber die Antretung des Erben zu beschleunigen,

269) L. 8. pr. h. t. (Ulp.). »Papinianus — recte scribit, inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse *invito eo: ipsius enim injuria est.*« Vg. L. 22. pr. §. 1. eod. L. 1. §. 8. si quid fraud. patr. c. 25. C. h. t. Ueber die Tutoren sehe man L. 30. §. 1. h. t.

70) D. XL. tit. 15. ne de statu defuncti. L. 1. §. 7. de hered. pet.

indem er dem Abwesenden ein Jahr, dem Anwesenden 6 Monate als Frist, innert welcher er sich erklären müßte, bestimmte [271]).

Beklagter wird in der Regel der geschriebne Erbe sein. Bevor er angetreten hat, oder richtiger bevor die Erbschaft überhaupt angetreten ist, ist die Klage nicht möglich. Vorbereitet kann sie wohl werden, wie wir oben gesehn haben, nicht aber wirklich entstehn [71 a]). Außer dem zunächst eingesetzten Erben kann die Erbschaft auch angetreten haben ein Substitut, oder Universalfideicommissar, oder jemand, der die *bonorum possessio contra tabulas* erhalten hat, oder endlich der Fiscus. Gegen sie gilt die Klage natürlich ebenso wie gegen jenen [72]).

Des Erben Antheil am Processe ist durchaus nothwendig. Läßt er sich nicht darauf ein, vertheidigt er den letzten Willen des Erblassers nicht, oder

271) c. 5. C. Th. h. t. c. 3. C. Th. de apost. c. 36. §. 2. C. eod. Früher nahm man eine ältere Verjährung von 2 Jahren an gestützt auf Plin. Ep. V. 1. So z. B. *Jac. Gothofr.* ad c. 5. C. Th cit. Allein jene Stelle bezieht sich auf die erst durch Gajus recht bekannt gewordne Usucapio pro herede.

71 a) L. 8. §. 10. h. t. c. 34. c. 36. §. 2. C. h. t. Vg. Sueton. de clar. Rhetorib. 5.

72) L. 8. §. 9. h. t. c. 1. c. 10. C. eod. L. 20. pr. de bon. poss. c. t.

läßt er sich nicht gehörig vertreten, so bekommt das Urtheil keine volle Rechtskraft. Nur gegen ihn ist es wirksam. Die andern Erben und Legatare können dadurch nichts verlieren [273]). Es ist sogar dem Legatar gestattet, wenn er den Erben für verdächtig hält, sowohl das Testament gegen den Notherben zu vertheidigen, als gegen ein gefälltes Urtheil zu appelliren [74]).

Von den besondern Erfordernissen, welche eintreten mit Rücksicht auf die Erben, wenn Geschwister klagen sollen, ist schon früher die Rede gewesen.

§. 22.

Was ist nun der Erfolg unsrer Klage? Was geschieht, wenn der Notherbe den Proceß gewonnen hat? Dieß läßt sich kurz so angeben: Das bis auf diesen Augenblick gültige Testament wird jetzt durch den Spruch des Richters auf einmal umgeworfen und zerstört. Es ist also kein Testament mehr da, und die Intestaterbfolge tritt ein.

L. 8. §. 16. h. t.

Ulpianus. Si ex causa de inofficioso cognove-

273) L. 17. §. 1. h. t. L. 14. §. 1. de appell. et relat.
74) L. 29. pr. h. t. L. 14. pr. de appellat. et relat.

rit judex, et pronunciaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, *ipso jure rescissum est:* et *suus heres* erit, secundum quem judicatum est: et *bonorum possessor*, si hoc contendit: et *libertates ipso jure non valent*, *nec legata debentur:* sed *soluta repetuntur*, aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui obtinuit, et haec utili actione repetuntur. Fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit, et ita Divus Hadrianus et Divus Pius rescripserunt [275]).

Ist der Notherbe, welcher das Testament umgestürzt hat, ein Sohn, der in der Gewalt des Erblassers gelebt hat, so ist er jetzt unmittelbar nach Civilrecht Intestaterbe desselben, und zwar als suus heres. Ist es dagegen ein Emancipirter, so succedirt er nach prätorischem Intestaterbrecht im Ordo: *Unde liberi*, als bonorum possessor. Ebenso kann freilich auch der erstere auf diesem Wege zur Erbschaft kommen; er bedarf dessen aber nicht. Ebenso können Eltern und Geschwister bald als legitimi, bald als

275) Ueber die verschiednen Lesarten in dieser Stelle siehe Brincmann im Spangenb. Corp. Jur. — Vg. L. 6. §. 1. L. 13. L. 19. L. 28. L. 21. §. 2. h. t. L. 45. §. 2. de neg. gest. L. 57. pr. de usufr. et quemadm. c. 22. C. h. t.

proximi cognati, antreten. Aber nicht blos die Erbeinsetzung wird vernichtet, sondern auch alle übrigen Verfügungen des Erblassers werden ungültig, Freiheiten, Legate, Fideicommisse, Alles fällt zusammen. Sind die Legate schon ausgezahlt worden, so werden sie zurück gefordert durch eine condictio indebiti. Der Notherbe hält sich an den eingesetzten Erben, welcher ihm die ganze Erbschaft unverringert durch Legate überliefern muß. Doch kann er auch selbst von dem Legatar das Vermächtniß zurück verlangen, durch eine condictio indebiti utilis, weil er den geschriebnen Erben doch zur Uebertragung seiner Klage zwingen könnte. Wurden die Legate aber vor Anstellung der Querela inofficiosi bezahlt, so soll, wie Hadrian und Pius vorschrieben, der Sieger dieselben zurückfordern von den Legataren, nicht aber der Erbe. Dieß kann wohl keinen andern Sinn haben, als er soll sich begnügen mit dem, was der Legatar noch davon übrig hat, und nicht den Erben zwingen können, das ganze Legat vielleicht aus seinem Vermögen zu ersetzen, das er ohne Arglist, in gutem Glauben entrichtet hatte.

Die Freiheiten waren auch hier begünstigt. War die Freilassung nach dem Testamente schon wirklich erfolgt, so konnte sie nicht mehr leicht rückgängig gemacht werden. Der Freigelaßne blieb frei, wurde zugleich aber genöthigt, dem Notherben zur Entschä

digung 20 Goldstücke (aurei) den gewöhnlichen Preis der Sclaven, zu bezahlen, und also den Werth statt der Sache (nämlich seiner selbst) zu geben. Einige Juristen machten einen Unterschied, je nachdem die Klage vor 6 Jahren, oder aus besondern Gründen nach dieser Frist angestellt wurde. Im letztern Fall sollten die vom Erblasser angeordneten Freiheiten auf jeden Fall gültig sein. Paulus will sogar im ersten Fall dieselben immer aufrecht erhalten, so daß der Sieger gehalten ist, die Sclaven selbst frei zu lassen für jenen Preis [276].

Ganz allgemein, aber wie ich glaube, sehr mit Unrecht wird von der obigen Regel, daß das ganze Testament ungültig werde, folgende Ausnahme angenommen. Wenn jemand den Notherben, im irrigen Glauben, er sei gestorben, ausschließe, so bleiben die Vermächtnisse sämmtlich in Kraft. Man beruft sich auf L. 28. h. t.

Paulus lib. sing. de centumviralibus judiciis. Cum *mater* militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset: Divus Ha-

---

276) L. 8. §. 17. L. 9. L. 26. h. t. L. 47. de manum. testam. c. 4. c. 13. C. h. t. Vg. auch c. ult. C. de bon. libert. bei Spangenb. S. 339.

drianus *decrevit*, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates et legata praestentur. Hic *illud adnotatum*, quod de libertatibus et legatis adjicitur: nam *cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*

Der Sohn konnte in unserm Beispiel ohne Zweifel die querela inoff. anstellen [277]). That er dieses, und siegte im Proceß, so war das ganze Testament, die Legate mit eingeschlossen, nichtig. Dieß sagt unsere Stelle selbst ausdrücklich, und es ist unbegreiflich, wie es übersehn werden konnte.

Der Sohn schlug aber einen andern Weg ein. Er wandte sich an den Kaiser Hadrian, und bat diesen um Hülfe. Der Kaiser gewährte sie, wie wir Aehnliches oben von Augustus gesehn haben, und verordnete für den einzelnen Fall, den Umständen gemäß: er solle an die Stelle der geschriebnen Erben treten nach dem vermuthlich wahren Willen der Mutter; das Uebrige soll aber gültig sein, da dieselbe nur in jener Beziehung im Irrthum gewesen sei. Aus diesem ganz speciellen Fall eine allgemeine Regel zu abstrahiren, ist gewiß schon an sich verkehrt, wenn auch die Stelle nicht selbst davor warnte [78]).

---

277) L. 27. §. 4. h. t. c. 3. C. eod.

78) Ein ganz ähnliches Beispiel findet sich in L. 92. de

Wie gestaltet sich aber der Erfolg, wenn mehre Personen, die zu demselben Grad gehören, die Klage haben? Wenn alle sie anstellen und siegen, so gibt sich Alles höchst einfach. Das Testament ist nichtig, und die Notherben theilen sich in die Erbschaft, nach den Regeln der Intestaterbfolge. Unterlassen es aber einige von ihnen, zu klagen, oder unterliegen sie im Processe und werden zurückgewiesen; dann fällt ihr Theil dem der übrigen zu, die wirklich die Klage durchsetzen.

L. 23. §. 2. h. t.

Paulus. Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere: *pars ejus alteri adcrescit.* Idemque erit, et si tempore exclusus sit.

L. 17. pr. h. t.

Paulus. Qui *repudiantis animo* non venit ad

---

hered. instit., was die Sache noch sehr anschaulich macht. Merkwürdiger Weise ist unsre Stelle in das Rechtsbuch des Harmenopul übergegangen. V. 8. §. 50. bei Reiz p. 295., was sich indeß leicht erklären läßt, da ihr Resultat mit der Novelle 115 sehr harmonirt. Selbst *Cujas* Comment. ad h. l. erklärt unsre Stelle wie ich glaube, unrichtig. Vg. deſſ. Observ. X. 22. Unsre Erklärung wird schon von den Griechischen Scholiasten bei Fabrot Bas. Th. V. S. 257 aufgestellt.

accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt.

Sind z. B. zwei Brüder enterbt, so kann jeder nur auf die halbe Erbschaft klagen. Dem Sieger fällt von selbst die andere Hälfte zu, wenn der andere Bruder nicht gewinnt. Hat sich aber einer zum voraus erklärt, er wolle nichts mit der Erbschaft zu thun haben, und nicht klagen, so kann der andere natürlich gleich von vorne herein auf das Ganze Anspruch machen [279].

Der Sieger erhält demzufolge allein die ganze Erbschaft. Zwar wird allerdings die Intestaterbfolge eröffnet, und durch diese sind eigentlich alle Personen zugleich zur Erbschaft eingeladen, nicht blos die Sieger in der Klage, sondern auch die, welche den Proceß verloren, oder überall nicht geklagt haben. Ja sogar, wenn die Söhne in der Gewalt des Erblassers gestanden haben, so werden sie unmittelbar, ohne ihr Zuthun Erben ab intestato. In allen übrigen Fällen erfordert es freilich eine besondere Antretung. Der Sieger weist aber diese Bewerber, welche das Testament nicht umgeworfen haben, zurück, indem er sich auf das Urtheil der Centumvirn beruft, die nur

---

279) Vg. L. 8. §. 5. L. 16. pr. L. 27. §. 3. h. t.

für ihn das Testament vernichtet und die Intestaterbfolge eröffnet hätten. Davon spricht Paulus in der Fortsetzung der so eben angeführten

L. 17. pr. h. t.

Unde si de inofficioso testamento patris, alter ex liberis exheredatis ageret; quia, *rescisso testamento*, *alter quoque* ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic, si obtinuerit, uteretur *rei judicatae auctoritate*, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint [280].

Sind mehre Erben eingesetzt, so läßt sich denken, daß der Sohn z. B. blos gegen den einen oder andern, nicht aber gegen alle die Klage durchsetzt. Besonders leicht kann sich dieß ereignen, wenn nur theilweise unanständige Personen eingesetzt sind, und ein Bruder z. B. das Testament als pflichtwidrig ansicht. Hier wichen die Römer von dem sonst durchgreifenden Princip ihres Erbrechts: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, merkwürdiger Weise ab. Auch dieß zeigt wieder deutlich, wie groß das Ansehn des Cen-

---

280) Vg. L. 19. L. 16. pr. h. t.

tumviralgerichts, und wie Alles ursprünglich auf einzelne specielle Fälle abgesehn war. Denn ihr Urtheil schuf erst das Recht. War jenes daher getheilt, so wurde auch das Recht nur theilweise neu. Der Notherbe tritt ein *ab intestato*, so weit er gesiegt hat, d. h. auf den Theil, welcher dem geschriebnen Erben, der ihm unterlag, vermacht war. Der andere eingesetzte Erbe bleibt Erbe und zwar Testamentserbe. Er hat daher alle ihm aufgetragnen Legate zu bezahlen, wie vorher, aber auch nicht mehr. Dagegen gehn alle die Lasten, welche dem besiegten Erben aufgelegt waren, nicht über auf den Notherben, sondern fallen ganz weg. Nur die Freiheiten werden in diesem Falle ganz aufrecht erhalten.

L. 15. §. 2. h. t.

Papinianus. Filius, qui inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias judicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est; *et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere*: verum enim est, familiae herciscundae judicium competere, quia credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo *pars hereditatis in testamento remansit*. Nec absurdum videtur, *pro parte intestatum* videri.

C. 13. C. h. t.

Imp. Gordianus A. Prisciano. Cum duobus heredibus institutis, uno ex quinque, altero ex septem unciis, adversus eum, qui ex septem unciis heres scriptus fuerat, justa querela contendisse, ab altero autem victum te fuisse alleges: *pro ea parte, qua resolutum* est testamentum, cum *jure intestati*, qui obtinuit, *succedat*, neque legata, neque fideicommissa debentur: quamvis libertates et directae competant, et fideicommissariae praestari debeant [281].

Besondere Schwierigkeit macht der Fall, wo zugleich solche Personen zu Erben eingesetzt sind, denen gestattet ist, das Testament als pflichtwidrig anzugreifen. Dieser Fall traf gewiß nicht selten ein, so daß z. B. ein Vater von mehren Söhnen einen enterbte, die übrigen aber zu seinen Erben einsetzte, mit oder ohne fremde Erben. Nun klagte der Enterbte und siegte. Was erfolgte nun? Trat allgemein Intestaterbfolge ein? Wurden bei dieser außer dem Enterbten auch seine Brüder, welche nicht geklagt hatten, zugelassen? Oder wurden die eingesetzten Söhne in ihren Erbtheilen, die ihnen das Testament zuwies, geschützt? Daß die

281) Vg. L. 24. L. 25. §. 1. h. t. L. 76. pr. de leg. II. L. 12. §. 4. de bon. lib. Plin. Ep. VI. 33. Vg. bes. Heffter im Rhein. Mus. Bd. II. S. 112 folg.

fremden Erben wegfielen, versteht sich von selbst. Davon handelt Paulus in folgender sehr interessanten Stelle.

L. 19. h. t.

Paulus lib. 2. quaestionum. — Mater decedens, extraneum ex dodrante heredem instituit; filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit. Haec de inofficioso egit et obtinuit. Quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit? Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quae omissa est, etiam si totam hereditatem ab intestato [282]) petat et obtineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. Sed *non est admittendum, ut adversus sororem audiatur*, agendo de inofficioso. Praeterea dicendum est, *non esse similem omittenti* eam, *quae ex testamento adiit;* et ideo *ab extraneo semissem vindicandum*, et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi *semis totus* ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed *pro parte intestata efficitur*: licet quasi furiosae judicium ultimum ejus damnetur. Ceterum si quis

---

282) Haloander setzt die Worte ab int. nach solam.

putaverit, filia obtinente, *totum testamentum infirmari*, dicendum est, etiam *institutam ab intestato posse adire hereditatem*: nec enim, quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi, qui sciant, jus suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. — — Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam *institutae salvum jus sit adeundae hereditatis*.

Aus der Art, wie Paulus den vorliegenden Fall behandelt, geht klar hervor, daß die Juristen keine allgemein gültigen Regeln in dieser Hinsicht aufstellten, sondern nach dem jedesmaligen Bedürfniß ihrem gesunden praktischen Sinne folgend, die Entscheidung richteten. War ja doch die ganze Lehre vom pflichtwidrigen Testamente nur auf einzelne individuelle Fälle abgesehn! So konnte man in unserm Beispiele namentlich zwei Wege einschlagen. Entweder ließ man das Testament nur zum Theil ungültig werden, indem man die eingesetzte Tochter schützte. Dieß zog auch Paulus vor, und es wird wohl meistens den Vorzug verdienen. Die enterbte Tochter erhielt ihre Intestatportion wirklich ab intestato, nämlich ½. Auf das Ganze konnte sie keinen Anspruch machen, da ihre Schwester keineswegs ihre Ansprüche

auf die Erbschaft aufgegeben hat. Sie verschmähte die Klage nicht, sondern bedurfte ihrer überhaupt nicht. Es ließe sich aber denken, daß die eingesetzte Tochter blos ihren Viertheil bekäme, die enterbte aber die $\frac{3}{4}$, welche dem Fremden angewiesen waren, den sie durch die Klage besiegte, und dadurch ganz ausschloß von der Erbschaft. Allein auch hierin läge eine offenbare Unbilligkeit. Die Enterbte soll auch nicht mehr erhalten, als ihre Intestatportion beträgt. Der vacante $\frac{1}{4}$ fällt demnach der eingesetzten Tochter zu, und vergrößert ihren Antheil an der Erbschaft [283].

Der andere Weg, den man wählen konnte, war, das ganze Testament zu zerstören. Dann theilten sich beide Schwestern ab intestato in die Erbschaft. Die eingesetzte wurde nicht zurück gewiesen, als hätte sie die Klage und somit die Intestaterbfolge verworfen. Denn diese war ihr nicht angeboten, und sie konnte dieselbe gar nicht erwarten, so lange nicht die Schwester das Testament anfocht [84].

Die Römischen Juristen waren überall nicht sehr

---

283) Cujas nimmt an Comment. in lib. 2 quaest. Pauli, sie bekomme den einen 1/4 als Testaments-, den andern 1/4 als Intestaterbinn.

84) L. 23. pr. h. t. c. 3. C. eod.

geneigt, ein Testament für unwirksam zu erklären, und gaben jenem ersten Verfahren gewöhnlich den Vorzug. Daher bestimmten sie auch folgendes. Sind die Meinungen der Richter getheilt, sprechen z. B. zwei Kammern des Centumviralgerichts für, zwei gegen das Testament: so soll jene Meinung gelten, welche den letzten Willen des Verstorbnen aufrecht erhält [285].

Selbst eine Strafe ist dem gedroht, welcher die Klage leichtsinnig anstellt, und den Proceß verliert. Sobald er nämlich bis zum Urtheil verharrt, so verliert er Alles, was ihm aus dem Testament, das er umwerfen wollte, vermacht war [86]. Dieß trifft übrigens nur den, welcher in eignem Namen klagt, nicht den Vater, der für den Sohn, den Tutor, der für den Mündel processirt, noch den Erben, welcher die schon angestellte Klage des verstorbnen Notherben durchführt [87].

---

285) L. 10. h. t. *Zepernick* ad Siccam. de judic. Centumv. p. 157. sq. *Cuj.* Observ. X. 20.

86) L. 8. §. 14. h. t. L. 5. pr. de his, quae ut indign. Paul. IV. 5, 9. 10.

87) L. 22. §. 2. 3. L. 30. §. 1. h. t.

Viertes Buch.

Justinianisches Notherbenrecht.

Novelle 115.

§. 23.

Bevor wir auf das Recht der Novelle eingehen, ist es wohl zweckmäßig, das Recht, wie es vor derselben galt, in kurzen Umrissen wieder anzudeuten.

I) Die Kinder wurden von dem Vater oder väterlichen Großvater nicht ausdrücklich enterbt, sondern übergangen. a) Sind sie bis zu seinem Tode in seiner Gewalt gewesen, so ist das Testament von Anfang an nichtig, und Intestaterbfolge tritt ein. Doch können sie auch von der contra tabulas bonorum possessio des Prätors Gebrauch machen. b) Diese ist dagegen das einzige Schutzmittel, was den Kindern zusteht, wenn sie vor des Erblassers

Tode aus seiner Gewalt getreten sind; denn das Testament bleibt dem strengen Rechte nach gültig, und wird nur so unwirksam gemacht.

II) Die Kinder werden vom Vater ausdrücklich enterbt. Das Testament ist zwar vollkommen gültig. Sie können es aber durch die Querela inofficiosi umstürzen lassen: es sei denn, daß ihnen etwas vom Vater vermacht wurde, was sie zum Pflichttheil rechnen können. Dann haben sie blos den Anspruch auf Ergänzung desselben.

III) Die Afterkinder stehn, dem Erfolg nach, den übrigen Kindern im Ganzen gleich. Nur wirkt natürlich erst ihre Geburt.

IV) Die Kinder werden von der Mutter, oder mütterlichem Großvater enterbt oder übergangen, was hier ganz einerlei ist. Dann ist die Querela inofficiosi ihr einziges Rechtsmittel. Dieses fällt aber aus, sobald ihnen der Pflichttheil theilweise oder ganz hinterlassen ist. Im ersten Falle können sie Ergänzung desselben fordern.

V) Dasselbe Recht, was hier von den Kindern der Mutter, gilt von den Eltern, die von ihren Kindern enterbt oder übergangen wurden. Nur der Vater hat gegen das Testament seines emancipirten Sohnes, der ihn ausschloß, eine bonorum possessio auf ein Dritttheil.

VI) Ebenso können Geschwister vom Vater her ihr Testament gegenseitig als pflichtwidrig anfechten durch die Querela inofficiosi, wenn ihnen unanständige Personen vorgezogen wurden; ausgenommen wenn sie den Pflichttheil bekommen.

Erwägen wir nun, wie die ganze Erbfolge gegen den letzten Willen allmählich entstand und wuchs, wie zuerst blos die Kinder in der Gewalt gegen Uebergehung geschützt wurden, wie man diesen Schutz eigenthümlich modificirt auch auf die Emancipirten ausdehnte, wie darauf selbst enterbte Kinder an die väterliche, und alle ausgeschlossenen Kinder ohne Unterschied an die mütterliche Erbschaft einen Anspruch bekamen, und das Testament umstoßen konnten, welches sie ausschloß, wie dieses Recht selbst auf die Eltern und Geschwister übertragen wurde; nehmen wir darauf Rücksicht, wie das neuere Recht in gewissem Sinne immer das ältere wieder in sich aufnahm und verallgemeinerte, wie in jenem die Cognation besonders immer mehr Anerkennung fand, und das Princip der Agnation als veraltet zurücktrat: so sehen wir schon daraus, daß eine Umschmelzung der einzelnen verschiednen Rechte in Ein allgemeines durchgreifendes Ganzes, in welchem die Cognation als entscheidendes Princip herrschte, für diese Zeiten höchst passend gewesen wäre, und daß ohne dieß der

Schlußstein fehlte, auf den das ganze Gebäude hinweist.

Das alte Recht sondert Kinder in der Gewalt und Emancipirte streng von einander. Davon weiß Justinians Zeit kaum mehr etwas; der Unterschied ist allmählich erloschen, und ihr fremd geworden. Eben so wenig paßt für sie der andere Unterschied zwischen diesen und den übrigen Kindern z. B. der Mutter. Sie kennt blos Kinder, die sich als solche gleich stehen. Der alte Gegensatz ferner zwischen civilem und prätorischem Recht, der einst in der schönsten Zeit das Römische Recht so sehr belebte und erfrischte, war aufgelöst und untergegangen. Ob jemand mit befehlenden Worten in strenger Form enterbt, oder sonst irgendwie ausgeschlossen sei, war der damaligen Ansicht gleichgültig, die sich um jene alten Formen wenig mehr kümmerte.

Die drei Rechtsmittel, mit völlig verschiedenen Wirkungen, auf ganz abweichende, meist veraltete Bedingungen und Erfordernisse gestützt, deren Sinn man nicht mehr faßte, oder doch nicht mehr angemessen und natürlich finden konnte, erschwerten und verwirrten die Processe. Kurz Alles sprach laut das Bedürfniß nach Vereinfachung aus. Sie erfolgte auch wirklich nach der richtigen Meinung durch die Novelle 115,

nachdem Justinian schon lange vorher, Jahr 531, wie wir oben gesehn, dieselbe bedeutend vorbereitet hatte.

Die Novelle 115 nun, vom Jahre 541, ist wie so viele andere an den Praefectus Orientalium sacrorum praetoriorum gerichtet. Die Veranlassung dazu war zunächst ein Proceß zwischen dem Bischoff Eustathius und dem Diacon Pistus. Es wurde appellirt, und die Richter wußten nicht, nach was für Gesetzen sie entscheiden sollten, ob nach denen, welche zur Zeit des ersten Urtheils, oder denen, welche jetzt galten. Justinian, der darüber befragt wurde, gebot das erstere. Davon handelt die Vorrede und das erste Capitel. Daß jener Proceß auf keine Weise mit unserer Lehre zusammen hing, kann man mit großer Zuversicht behaupten. Denn er setzt eine kurz vorhergegangene Veränderung des Rechts voraus. Die neueste Verordnung des Kaisers aber, die uns hier angeht, über die Größe des Pflichttheils, wurde schon vor 5 Jahren ertheilt.

Im folgenden Capitel sucht er die Proceßfristen abzukürzen, und macht darüber einige Bestimmungen, und nachdem er auch dieses mit wenig Worten abgethan, erläßt er vom dritten Capitel an sein großes Gesetz über das Notherbenrecht. Er selbst bringt es mit dem vorigen in keine Verbindung, sondern stellt es als selbstständige neue Verordnung hin, und ich wüßte

auch nicht, welcher Zusammenhang sich denken ließe; es wäre denn etwa, daß er, da er von Veränderungen des Rechts durch neue Gesetze gesprochen, nun gleich ein solches neues Gesetz daran anknüpfen wollte [288]. Im dritten, vierten und einem Theil des fünften Capitels ist dasselbe enthalten. Zugleich umschließt es wieder einige anderweitige specielle Bestimmungen. Dann schließt sich daran das Gebot für die Erbschaftscreditoren, die Erben in den neun ersten Trauertagen nicht durch Forderung der Schulden zu stören. Im sechsten Capitel endlich treffen wir auf eine Bestimmung über constituta pecunia: worauf dann der Befehl zur gehörigen Bekanntmachung des ganzen Gesetzes gegeben wird.

Schon aus dieser Anordnung des Ganzen läßt sich vermuthen, daß Justinian bereits einige Zeit hindurch ein allgemeines Gesetz über Enterbung und Uebergehung der Notherben bei sich erwogen hatte, und nun die erste, obgleich sehr unpassende Gelegenheit ergriff, um es zu publiciren. Dieß wird besonders deutlich, wenn man bedenkt, wie weitläufig er hierin manches Einzelne behandelt, wie kurz dagegen er die übrigen Verordnungen abfertigt. Auf diese Gedanken hatte ihn vielleicht der Proceß der *Pulche-*

288) Vg. den Epilogus.

ria gebracht, welchen er selbst zu entscheiden hatte. Sie war von Vater und Mutter unbilliger Weise namentlich enterbt worden, die von Uebelwollenden beschwatzt und getäuscht waren, oder diese hatten gar die Testamente untergeschoben. Kurz der Kaiser ließ sie nicht gelten, und machte die Pulcheria zur Erbinn. Das Nähere davon wissen wir nicht [289]. So viel ist indeß klar, daß Pulcheria wenigstens nicht unmittelbare, sondern nur mittelbare Veranlassung zu diesem Gesetz wurde. Daß aber das Gesetz eine ganz allgemeine Natur habe, kann niemand mit Grund bezweifeln. Es spricht nicht blos von der Enterbung, sondern auch von der Uebergehung, nicht blos von einer ausgeschlossenen Tochter, sondern auch von Söhnen, nicht blos von Kindern, sondern auch von Eltern. Alles dieses umfaßt es deutlich und bestimmt.

Hier ist es nun am Orte, die wichtigsten Stellen desselben mit seinen eignen Worten anzuführen, und so einen Ueberblick über das Wesentlichste zu gewähren. Dann erst können wir ruhig auf die Erörterung des Einzelnen eingehn. Dem Griechischen Urtexte habe ich die wichtige Versio vulgata beigefügt.

---

289) c. 5. pr. in fine.

Κεφ. γ'.

Ἄλλο πρὸς τούτοις τῷ παρόντι νόμῳ προσθεῖναι συνείδομεν. *θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι παντελῶς* πατρὶ ἢ μητρὶ, ἢ πάππῳ ἢ μάμμῃ, ἢ προπάππῳ ἢ προμάμμῃ, τὸν ἴδιον υἱὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας *πραιτερίτους*[290]) *καταλιμπάνειν*, ἢ *ἀποκληρονόμους*[91]) ἐν *τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ*, κἂν εἰ δι' οἱασδήποτε δωρεᾶς, ἢ ληγάτου, ἢ φιδεϊκομμίσσου, ἢ ἄλλου οἱουδήποτε τρόπου τὴν ἐκ τῶν νόμων αὐτοῖς ὀφειλομένην μοῖραν παράσχοιεν[92]), *εἰ μὴ τυχὸν ἀχάριστοι ἀποδειχθεῖεν*[93]), καὶ αὐτὰς ὀνο-

Cap. III.

Aliud quoque capitulum praesenti legi addendum esse perspeximus[94]). *Sancimus igitur non licere penitus* patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam, vel ceteros liberos[95]) *praeterire, aut exheredes in suo facere testamento,* nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem:

---

290) Hal. ἀμνημονεύτους. Ebenso Harmenopul.

91) Gewöhnlich liest man: ἀποκληρονόμων. Vg. dag. Cramer in der Zeitsch. f. gesch. Rechtswiss. Bd. I S. 310.

92) Diesen Beisatz lassen die Basil. weg, nicht aber das Scholion zu dieser Stelle bei Fabrot. Th. V. S. 784.

93) Hal. ἀποδειχθήσονται. Er übersetzt aber: »comprobentur.«

94) Edit. vet. ap. Schöffer. Mogunt. 1477. (Vg. Biener Gesch. der Novellen pag. 323) und Venet. Arrivab. 1494. (Biener l. l. p. 328) lesen: »prospeximus.«

95) Edit. Schöff. laud. »filios.«

μαστὶ τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ. ἀλλ' ἐπειδὴ τὰς αἰτίας, ἐξ ὧν οἱ παῖδες ἀχάριστοι ὤφειλον κρίνεσθαι, ἐν διαφόροις νόμοις διεσπαρμένας καὶ οὐ φανερῶς εἰρημένας εὕρομεν, ὧν αἱ μὲν οὐδὲ ἄξιαι ἡμῖν πρὸς ἀχαριστίαν ἔδοξαν, ἄλλαι δὲ καίτοι, ἄξιαι οὖσαι, παρελείφθησαν, διὰ τοῦτο ἀναγκαῖον εἶναι συνείδομεν, ταύτας ὀνομαστὶ τῷ παρόντι νόμῳ περιλαβεῖν, ὥστε παρὰ ταύτας μηδενὶ ἐξεῖναι ἐξ ἑτέρου νόμου ἀχαριστίας αἰτίαν ἀντιτιθέναι, εἰ μὴ τὰς τῷ ὕφει 96) τῆς παρούσης διατάξεως περιεχόμενας.

§. ιδ'. — Εἴτε τοίνυν πάσας τὰς εἰρημένας τῆς ἀχαριστίας αἰτίας, εἴτε φανερὰς ἐξ αὐτῶν, εἴτε μίαν οἱανδήποτε οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ,

nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas, et non aperte declaratas 97) invenimus: quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt: aliquae vero cum essent dignae, praetermissae sunt: ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere: ut praeter ipsas nulli liceat 98) ex alia lege ingratitudinis causas opponere 99), nisi quae in hujus constitutionis serie continentur.

§. 14. Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in 300) testamento suo inseruerint, et scripti heredes no-

---

296) Hal. τῇ ὑφῇ.

97) Ed. Sch. »determinatas.«

98) So Contius a. 1571. (Biener l. l. p. 397.) Edit. Schöff. l. »praeter illas nulli « Ed. Venet. 1494. »praeter ipsas *nullas* «

99) Ed. Sch. l. »exponere.«

300) Ed. Sch. l. läßt »in« weg.

καὶ οἱ γραφόμενοι κληρονόμοι τὴν ὀνομασθεῖσαν ἢ [301]) ὀνομασθεῖσας αἰτίας, ἢ μίαν ἐξ αὐτῶν ἀληθῆ εἶναι δείξειαν, τὴν διαθήκην τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν παρακελευόμεθα· εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδὲν γίνεσθαι πρόκριμα τοῖς ἀποκληρονόμοις [2]) γραφεῖσι παισὶν, ἀλλ' ὅσον εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων ἀνήκει, τῆς διαθήκης *ἀκυρουμένης*, εἰς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν τοὺς παῖδας *ἐξ ἀδιαθέτου ἐξ ἴσης μοίρας ἔρχεσθαι*. ὥστε μὴ τοὺς παῖδας πεπλασμέναις κατηγορίαις κατακρίνεσθαι, ἤ τινα περιγραφὴν ἐν ταῖς τῶν γονέων περιουσίαις ὑπομένειν. Εἰ μέντοι γε συμβαίη ἔν τισι τοιαύταις διαθήκαις ληγάτα τινα ἢ φιδεϊκομμίσσα [3]) ἢ ἐλευθερίας ἢ ἐπιτρόπων τινὰς δόσεις καταλειφθῆναι, ἢ ἄλλα οἱαδήποτε κεφάλαια τοῖς νόμοις ἐγνωσμένα ὀνομασθῆναι· ταῦτα πάντα κελεύομεν πληροῦσθαι, καὶ

minatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem [4]) decernimus. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, *testamento evacuato*, ad parentum hereditatem liberos *tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire*, ne liberi falsis excusationibis condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia

---

301) Hal. ἢ τάς.

2) Hal. τοῖς μὴ κληρονόμοις. Ebenso Harmenopol bei Reitz pag. 315. Gewöhnlich liest man ἀποκληρονόμων, was aber durchaus nicht stehen kann.

3) Harmen. umschreibt dieß: τὰ πίστει τινὶ παρατεθέντα.

4) Ed. Scb. suam virtutem habere.

δίδοσθαι ἐκείνοις οἷς κατελείφθη, ὡς εἰ κατὰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει. καὶ ταῦτα μὲν περὶ τῶν διαθηκῶν τῶν γονέων διετυπώσαμεν.

Κεφ. δ'.

Δίκαιον δὲ εἶναι συνείδομεν, καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου περὶ τῶν διαθηκῶν τῶν παίδων τὰ αὐτὰ μετά τινος διαστίξεως διατυπῶσαι. Θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς πραιτερίτους 305) καταλιμπάνειν, ἢ καθ' οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι. εἴ μὴ τὰς αἰτίας, ἃς ἀριθμοῦμεν, ἐν ταῖς ἰδίαις ἰδικῶς ἐγγράψοιεν διαθήκαις. —

jubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et haec 6) quidem de parentum ordinavimus testamentis.

Cap. 4.

Justum autem perspeximus, et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque *non licere liberis* parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, *eos omnino alienare*: nisi causas, quas enumeravimus 7), in suis testamentis specialiter nominaverint.

---

305) Hal. »ἀμνημονεύτους« wie oben. Harmenop. pag. 316. »ἀποκλήρους.«

6) »hoc« ed. Schöff. et Venet. 1494. »haec« Contius 1571.

7) Ed. Sch. besser: »enumerabimus.«

§ θ'. Εἰ τὰς τοιαύτας τοίνυν αἰτίας, ἢ φανερὰς ἐξ αὐτῶν, ἢ μίαν οἱ παῖδες ἐν ταῖς ἰδίαις γράψαιεν διαθήκαις, καὶ οἱ γραφόμενοι παρ' αὐτῶν κληρονόμοι, ἢ πάσας φανερὰς 308) ἢ μίαν ἐκ τούτων ἀποδείξειαν· τὴν διαθήκην ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ διαμένειν προστάττομεν. εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδεμίαν δύναμιν τὴν τοιαύτην διαθήκην, τό γε εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων, ἔχειν θεσπίζομεν· ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν, καὶ πρὸς αὐτοὺς τὰ 9) ἐκείνου πράγματα δίδοσθαι διατυποῦμεν· τῶν ληγάτων δηλονότι εἴτε φιδεϊκομμίσσων καὶ ἐλευθεριῶν, καὶ τῶν δόσεων τῶν ἐπιτρόπων καὶ τῶν ἄλλων κεφαλαίων, καθάπερ ἀνωτέρω εἴρηται, τὴν ἰδίαν ἐχόντων ἰσχύν. εἴ τι δὲ

§. 8. Si tales igitur causas vel certas aut 10) unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eisdem heredes, aut omnes aut certas, aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Si autem haec omnia 11) non fuerint observata, *nullam vim* hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum *habere* sancimus: sed *rescisso testamento*, eis qui *ab intestato* ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus 12) dari disponimus: legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmita-

---

308) Hal. ἢ πάσας ἢ φαν.

9) Hal. τοῖς ἐξ ἀδιαθ. —— κληρον. καλουμένοις τὰ etc. Ebenso Harm. p. 317.

10) Ed. Sch. et ed. Venet. cit. »vel.«

11) Das Wort »omnia« fehlt mit Recht in der angeführten Schöff. Ausgabe.

12) Ed. Venet. 1494. »ejus defuncti.«

ἢ περὶ ληγάτου ἢ φιδεϊκομμίσσου [313]) ἢ ἐλευθεριῶν ἢ ἄλλων οἱωνδήποτε κεφαλαίων, ἐν ἄλλοις νόμοις εὑρεθείη τούτῃ διατάξει ἐναντίον, τοῦτο κρατεῖν κατ' οὐδένα βουλόμεθα τρόπον. Καὶ αὗται μὲν τῆς ἐξερεδατιῶνος ἢ πραιτεριτιῶνος [14]) αἱ ποιναὶ, τόγε εἰς τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας, κατὰ τῶν εἰρημένων προσώπων διετυπώθησαν. —

Κεφ. ς'.

Ταῦτα δὲ διετυπώσαμεν, ἵνα καὶ τοὺς γονεῖς καὶ τοὺς παῖδας ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθερώσωμεν. Εἰ δέ τινες κληρονόμοι ὀνομασθεῖεν κἂν εἰρητοῖς πράγμασιν ἀρκεσθῆναι προσταχθεῖεν, ἐν τούτῳ τὴν μὲν διαθήκην μὴ ἀνατρέπεσθαι προστάττομεν· ὅπερ δ' ἂν ὑπέλαττον αὐτοῖς τῆς ἐκ τῶν νόμων μοίρας καταλειφθῇ, τοῦτο κατὰ τοὺς

tem. Si quid autem pro legatis sive fideicommissis et libertatibus, et tutorum dationibus, aut quibuslibet [15]) aliis capitulis, in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium: hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae, quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt.

§. 5.

Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. So-

---

313) Hal. ληγάτων φιδεϊκομμίσσον.

14) Statt dessen sagt Harmen. 1 c. »αὗται μὲν τῶν ἀποκλήρων αἱ ποιναὶ etc.«

15) Besser lesen Ed. Sch. et Venet. cit. «sive [pro] fideicommissis aut libertatibus aut quibusdam« ohne »tut. dat.»

ἄλλους ἡμῶν νόμους παρὰ τῶν κληρονόμων, ἀποπληροῦσθαι. μία γάρ ἐστι τῆς ἡμετέρας γαληνότητος φροντὶς, τὸ [316]) τὴν ὕβριν τῆς πραιτεριτιῶνος καὶ ἐξερεδατιῶνος τῶν γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνελεῖν. σκοπεῖν γὰρ ὀφείλουσιν οἱ γονεῖς [17]), ὅτι καὶ αὐτοὶ παῖδες γεγόνασι, καὶ τὰ αὐτὰ παρὰ τῶν οἰκείων γονέων ἐσχήκασι· καὶ παραπλησίως [18]) οἱ νῦν ὄντες υἱοὶ σπουδάζειν [19]) τοὺς τῶν γονέων λογισμοὺς θεραπεύειν, ἐπειδὴ καὶ αὐτοὶ γονεῖς ἐπιθυμοῦσι γενέσθαι, καὶ ὑπὸ τῶν ἰδίων εὔχονται τιμηθῆναι παίδων. ὅθεν δῆλον καθέστηκεν, εἰς τὴν τῶν ἀμφοτέρων ὠφέλειαν καὶ ἀσφάλειαν τὸν παρόντα ἀφορᾶν νόμον [20]).

Ia enim est *nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis auferre.* Considerare namque debent parentes, quia et ipsi filii fuerunt, et eadem a suis parentibus speraverunt. Et similiter qui nunc filii sunt, debent studere parentum animos sanare: quia et ipsi parentes fieri desiderant, et a suis filiis optant honorari, unde et constat, ad utriusque partis utilitatem atque cautelam praesentem legem fuisse prolatam.

In den letzten Worten spricht Justinian die Absicht seines Gesetzes selbst aus. Er will sowohl Eltern als Kinder von der verderblichen Enterbung und Uebergehung befreien. Beide sollen an ihr enges Verhältniß und ihre eigne Ver-

---

316) Hal. τοῦ.

17) οἱ γονεῖς fehlt bei Hal.

18) Hal. παρομοίως.

19) Hal. σπουδάζουσι.

20) Vg. Basil. XXV. 8. 38. bei Fabrot. Th. IV. S. 783 sq.

gangenheit oder Zukunft denken, und sich durchaus nicht gegenseitig ausschließen von der Erbschaft. Hätte man dieß eigne Geständniß desselben immer gehörig beachtet, so wäre man wohl nie auf den Gedanken gekommen, als habe Justinian blos ein Verzeichniß von Enterbungsursachen aufstellen wollen.

Wie suchte er aber jenen Zweck zu erreichen? Er verbot ausdrücklich den Eltern, ihre Kinder auszuschließen, mögen sie das durch Enterbung oder Uebergehung zu bewerkstelligen suchen. Ebenso verbot er auch den Kindern, ihre Eltern auszuschließen [321]. Dieß ist das wahre Wesen unsers Gesetzes, der Mittelpunkt, von dem alle übrigen Bestimmungen desselben ausgehn, und in den sie wieder zurück kehren.

Betrachten wir das Einzelne, so sehen wir, daß gleich von vorne herein nicht der mindeste Unterschied gemacht wird, zwischen Vater und Mutter, Großvater und Großmutter, das Gesetz also allgemein von Eltern spricht. Ebenso, was ungleich wichtiger ist, redet es in Beziehung auf jene sowohl von Sohn als Tochter, und allen übrigen Descendenten, und stellt sie alle gleich. Ob das ausgeschlossene Kind in der Gewalt des Vaters gestanden,

---

321) c. 3. pr. c. 5. pr.

oder nicht; ob es überhaupt darin stehen konnte, oder nicht, das ist dem Gesetzgeber gleichgültig. Er sorgt blos für die Kinder als solche, und gestattet nicht, daß diese von den Eltern bei Errichtung des Testamentes übersehen werden. Sie sollen weder enterbt, noch übergangen werden. Diese Gleichstellung der Enterbung und Uebergehung verdient die sorgfältigste Beachtung. Es ist nicht etwa ein ungeschickter Ausdruck des Gesetzgebers; denn er wiederholt dasselbe mehrfach und zwar mit etwas andern Worten [322]. Aber alle zeigen deutlich, daß es sein eigentlicher Wille war, beide gleichzustellen. Das eine aber auch auf die Mutter und mütterliche Ascendenten, das andere blos auf den Vater zu beziehen, ist völlig willkürlich hinein gelegt. Das Gesetz spricht ganz allgemein von allen Eltern, und deutet eine solche verschiedene Beziehung mit keiner Silbe an. Wir müssen daher durchaus annehmen, es erkennt die alten bedeutenden Abweichungen, welche jener Unterschied zwischen Enterbung und Uebergehung bei den Kindern hervorbrachte,

---

322) c. 3. pr. »aut praeterire aut exheredes facere.« c. 4 pr. »praeterire aut omnino alienare.« §. 8. »exheredationis aut praeteritionis poenae.« c. 5 pr. »injuriam praeteritionis et exheredationis auferre.«

nicht an. Es verbindet vielmehr mit beiden ganz dieselben Folgen und Wirkungen, und faßt beide ganz allgemein. Auch hier fehlt es keineswegs an einer historischen Grundlage, ohne welche eine so plötzliche Umänderung des Rechts unwahrscheinlich würde: denn schon früher kam es bei Kindern der Mutter sowohl als den Eltern auf die Form der Ausschließung nicht an, also grade bei den Personen, bei welchen sich zuerst das materielle Princip des Pflichttheils zeigte, das nun ganz allgemein herrschend ward. Der Hauptgesichtspunkt ist also: Ausschließung der Kinder soll untersagt sein. Ob dieß nun durch die alte exheredatio oder praeteritio geschehe, das ist dem Geiste jener Zeit ganz gleichgültig, und in diesem Sinne sieht auch Justinian auf das Wesentliche hierin, und kümmert sich nicht um die abweichende Form.

Die Kinder sollen also von ihren Eltern immer zu Erben eingesetzt werden, da die Natur sie schon zu Repräsentanten derselben berufen hat. Daselbe gilt auch umgekehrt von diesen, und es genügt nicht, ihnen im Testament blos etwas z. B. als Legat oder Fideicommiß zu hinterlassen. Diese Bestimmung ist wieder ganz neu, da Justinian selbst früher in einem solchen Fall das Testament aufrecht erhielt, und blos Ergänzung des Pflicht-

theils gebot. Jetzt aber sollen sie nicht blos bedacht, sondern eingesetzt werden, und nur in diesem Falle den vollen Pflichttheil von den Miterben fordern können[323]).

Werden aber gegen das Verbot des Gesetzes dennoch Kinder oder Eltern ausgeschlossen, dann soll der Ungehorsam des Erblassers bestraft werden. Sein Testament wird, so weit die Erbeinsetzung reicht, nichtig, und es tritt also Intestaterbfolge ein. Nur die übrigen Verfügungen desselben, Legate, Fideicommisse, Freiheiten, Anordnungen der Tutel, werden geschützt. Es ist hinreichend, wenn nur der ausgeschlossene Sohn wirklich Erbe wird, hier nun ab intestato. Und es ist kein Grund vorhanden, warum auch jene unwesentlichen Nebenbestimmungen des Testament, zusammen fallen sollten. Sie können erhalten werden, gewisser Maßen als Codicill. Denn daß Intestatsuccession erfolgt, wenn der einzige wesentliche Theil des Testaments die Erbeinsetzung nichtig wird, leidet keinen Zweifel, wenn es auch nicht ausdrücklich gesagt wäre[24]).

§. 24.

Bevor wir uns näher darauf einlassen, wie

323) c. 5 pr.
24) c. 3. §. 14. c. 4 §. 8.

diese Nichtigkeit der Erbeinsetzung erfolge, müssen wir noch eine Ausnahme von der aufgestellten Regel ins Auge fassen, die Justinian weitläufig behandelte, und daher viele so verführte, daß sie vor der Ausnahme die Regel nicht weiter mehr sahen, und am Ende jene für diese hielten.

Der Kaiser gestattet nämlich den Eltern ihre Kinder, und ebenso den Kindern ihre Eltern aus besondern wichtigen Gründen zu enterben. Diese sind indessen keineswegs dem Gutfinden derselben anheim gestellt; sondern auf eine gewisse Zahl allein gültiger und von dem Kaiser selbst aufgezählter beschränkt. Sie müssen aber nicht blos vorhanden, sondern auch ausdrücklich im Testament angeführt sein. Sonst wird gar keine Rücksicht auf sie genommen, auch wenn der Erbe sie anderswoher vollkommen als Beweggründe der Enterbung herbei ziehn und beweisen könnte. Noch mehr. Obgleich sie dem Testament beigefügt sind, ist dasselbe noch nicht der Gefahr entgangen, für ungültig erklärt zu werden, so lange nicht der geschriebne Erbe die Wahrheit derselben dargethan hat. Erst von diesem Augenblick an wirken sie vollkräftig, und das Testament ist sicher vor Umstürzung. Früher war der Beweis der Undankbarkeit nicht fest geregelt, und stand sehr der Willkür offen. Jetzt aber dachte sich Justi-

man die Sache bestimmter so. Hat ein Vater gegründete Ursachen, seinen Sohn auszuschließen, so soll er sie selbst anführen, und für sie stehn. Es soll nicht in der Macht des Fremden, des eingesetzten Erben liegen, irgend einen ehemaligen Streit zwischen Vater und Sohn aufzusuchen, und vorzubringen. Nur der Vater soll die Undankbarkeit beurtheilen. Er soll aber auch selbst den Streit mit dem Sohne durchführen, und seine Gründe gegen denselben gelten machen. Sein geschriebner Erbe soll ihn nur im Beweis vertreten: er ist ganz an die von ihm angeführten Ursachen gebunden. Der Beweis selbst wird in der Regel nur mittelbar durch den Erben geführt werden, und ursprünglich vom Vater selbst. Denn wer sollte jenen mit den nöthigen Beweismitteln versehn, als gerade der Vater? Dieser soll also nicht blos die Gründe der Ausschließung nennen, sondern er wird auch seinen Erben immer gehörig mit den Mitteln ausrüsten müssen, den Beweis derselben zu führen [324])

Für die Ausschließung der Kinder zählte Justinian folgende 14 Gründe als wichtig genug auf.

1) Wenn sich die Kinder an den Eltern thätlich vergreifen [25]).

---

324) Ich verdanke diese letztere Ansicht der gütigen Mittheilung des Herrn Prof. Hasse.

25) Nov. 115. c. 3. §. 1.

2) Wenn sie dieselben hart und schmählich beleidigen [326]).

3) Wenn sie die Eltern wegen Verbrechen verklagen, es wäre denn gegen den Fürsten oder den Staat begangen worden [27]).

4) Wenn das Kind mit Giftmischern und Zauberern verkehrt, indem es selbst zu diesem Gelichter gehörte [28]).

5) Wenn es dem Leben der Eltern durch Gift oder auf andere Weise nachstellt [29]).

6) Wenn der Sohn mit seiner Stiefmutter oder der Concubine seines Vaters Unzucht treibt [30]).

7) Wenn derselbe als Angeber seiner Eltern beim Richter auftrat, und durch seine Anzeige dieselben in großen Schaden brachte [31]).

8) Wenn der Sohn oder Enkel die Eltern, welche wegen Schulden oder sonst im Gefängniß sitzen,

---

326) §. 2. eod.

27) §. 3. eod. Vg. L. 2. pr. de accusat. L. 8 ad leg. Jul. majest.

28) §. 4. eod. »cum maleficis« »μετὰ φαρμακῶν.«

29) § 5. eod.

30) §. 6. eod. Der Concubinat fällt heut zu Tage als gesetzwidrig weg. Vg. L. 5. ad leg. Pomp. de parric.

31) §. 2. eod. Der Latein. Text hat »delator« (nicht dilator wie bei Gothofred und Spangenberg sich findet) der Griechische »συκοφάντης«, Julian: »calumniator.«

nicht befreien will, obgleich er dieß durch seine Bürgschaft bewirken könnte, und vom Vater dazu aufgefordert wurde. Was von der Bürgschaft gesagt wird, kann sich nicht auf die Tochter und Enkelinn beziehn [332]).

9) Wenn die Kinder ihre Eltern, um Intestaterben zu werden, an der Errichtung des Testamentes hinderten, und diese später dennoch dazu gelangten, eines zu machen, so können sie ihre Kinder deßhalb gültig ausschließen [33]).

10) Wenn sich die Kinder wider Willen der Eltern in eine Bande Thierkämpfer (arenarii) oder Gaukler (mimi) anschlossen, und bei diesem Gewerbe verharrten: ausgenommen, wenn die Eltern selbst dergleichen getrieben haben [34]).

11) Wenn eine Tochter den Mann, welchen ihr die Eltern nebst hinreichender Aussteuer zur Ehe ge-

---

332) §. 8. eod. »Nam feminae impediuntur fidejubere per Vellejanum ut ff. ad Vellej. L. 1 et 2.« Glossa vulg.

33) §. 9. eod. Sterben die Eltern vorher, so werden die Kinder dennoch zurück gewiesen.

34) §. 10. eod. Vg. c. 11. C. de inoff. test. Schauspieler gehören auf keine Weise hieher, zumal nach unsern Begriffen von ihrer Kunst. Balettänzer und Seiltänzer könnte man noch eher hinrechnen, obgleich auch dieß wohl nicht mehr angeht. Justinians Gemalinn wenigstens wäre mit einer solchen Auslegung nicht zufrieden gewesen.

ben wollten, ausschlug, und statt dessen sich einem unzüchtigen Wandel ergab. That sie dieß Letztere aber erst nach erreichter Volljährigkeit, nachdem die Eltern sie bis dahin am heirathen verhindert hatten, oder verband sie sich heimlich mit einem Gatten, wenn dieser nur ein Freier ist, so kann sie deßhalb nicht enterbt werden [335]).

12) Wenn die Kinder ihre wahnsinnigen Eltern vernachlässigten, und ihnen nicht die gehörige Wartung und Pflege angedeihen ließen [36]).

13) Wenn sie es versäumten, ihre von den Feinden gefangenen Eltern loszukaufen. Stirbt der Vater z. B. wegen der Nachlässigkeit und Schlechtigkeit seiner Kinder in der Gewalt des Feindes, so können sie selbst aus seinem frühern Testamente nicht antreten, obgleich sie darin eingesetzt sind [37]).

11) Wenn das Kind von der katholischen Kirche abfällt, und sich einer ketzerischen Secte ergibt. Dieser Grund ist heut zu Tage ganz unpraktisch, wenigstens für Protestanten [38]).

---

335) §. 11 eod. Vg. c. 19 C. de inoff. test. und auth. Sed si post. ebend. Vg. Höpfner Comment. zu den Hein. Inst. 8te Aufl. S. 376.

36) §. 12 eod.

37) §. 13 eod.

38) §. 14 eod.

Merkwürdig ist es, wie Justinian jedem der drei zuletzt angeführten Gründe noch ein für sich bestehendes allgemeines Gesetz beifügte. Auch hier liegt sein gesetzgeberischer Eifer, der ihn bei Abfassung der Novelle beseelte, klar am Tage [339].

Die Ausschließung der Eltern hat Justinian den Kindern aus folgenden 8 Gründen gestattet: die im Grunde die einzige Verschiedenheit ausmachen, welche sein Gesetz zwischen dem Rechte der Kinder und Eltern einführte. Die übrigen Bestimmungen sind, wie er selbst sich äußert, dieselben.

1) Wenn die Eltern ihre Kinder wegen eines todeswürdigen Verbrechens angeklagt haben, es sei denn des Hochverraths [40].

2) Wenn sie mit Gift oder auf andere Weise den Kindern nach dem Leben getrachtet haben [41].

3) Wenn der Vater mit der Schwiegertochter oder Concubine seines Sohnes Unzucht trieb [42].

4) Wenn die Eltern die Kinder an der Errichtung eines Testaments verhinderten, über den Theil ihres Vermögens, über welchen sie befugt sind zu testiren.

---

339) Vg. auch c. 4. §§. 6. 7. 8. eod.
40) c. 4. §. 1. eod. vg. L. 35 de relig.
41) §. 2 eod.
42) §. 3 eod. vg. vorhin c. 3 §. 6.

Dieß Letztere bezieht sich namentlich auf das Verhältniß des Vaters zum Sohne, der ein peculium castrense oder quasi castrense besitzt [343].

5) Wenn der Vater die Mutter durch Gift zum Wahnsinn treiben, oder des Lebens berauben wollte, oder sonst sie aus dem Wege zu räumen trachtete, und ebenso umgekehrt, wenn die Mutter dieß versuchte, so kann das Kind den verbrecherischen Theil gültig enterben [44].

6) Wenn die Eltern ihre wahnsinnigen Kinder nicht pflegen [45].

7) Wenn sie kriegsgefangene Kinder verweigerten loszukaufen [46].

8) Wenn sie von dem Glauben abfielen [47].

Diese Gründe führte Justinian allerdings an, um sowohl den Erblassern als den Richtern die Möglichkeit zu rauben, nach Gutdünken auch allerlei andere Gründe für hinreichend zu halten, die nächsten Verwandten von der Erbschaft auszuschließen. Auch verordnete er ganz bestimmt, daß nur diese, welche

---

343) §. 4 eod. »in quibus habent testandi licentiam.«

44) §. 5 eod.

45) §. 6 eod. Vg. oben c. 3 §. 12.

46) §. 7 eod.

47) §. 8. eod. Vg. oben c. 3 §. 14.

er aufzähle, Gültigkeit haben sollen, und keine andern.

Dennoch fragt es sich, wie weit diese Beschränkung die freie Beurtheilung des Erblassers oder Richters hemme, ob nicht eben so kräftige oder noch stärkere Gründe [248]) als die angeführten dieselbe Wirksamkeit haben können? Wenn z. B. der Sohn mit der Braut seines Vaters Unzucht treibt, soll er deßhalb nicht eben so gut enterbt werden können, wie wenn er mit des Vaters Concubine Verkehr hat? Auf solche Gleichstellung scheint das natürliche Gefühl der Billigkeit hinzudrängen. Die meisten Praktiker nahmen daher eine solche Ausdehnung an. Justinian hat auch kaum an absolute Vollständigkeit gedacht. Dieß zeigt schon die völlige Unordnung, in welcher diese Gründe auf einander folgen. Ohne bestimmten Plan sind sie zusammengestellt, wie sie ihm oder seinem Schreiber grade einfielen. Einige derselben, namentlich der zweite bei den Kindern, sind auch so allgemein und unbestimmt gefaßt, daß sich fast alles Mögliche, sogar manche von den neben ihm angeführ-

248) Vg. Glück a. a. O. S. 250. ff. *Noodt* Opera Lugd. Bat. 1724. t. II. p. 161 hält die Beschränkung der Ursachen zwar für ganz unsinnig, aber doch dem Willen des Gesetzgebers gemäß.

ten Gründen darunter bringen lassen. Doch geht Bynkershoek[249]) zu weit, wenn er deßwegen den ganzen Streit für überflüssig erklärt, da alle erdenkbaren neuen Gründe in diesem zweiten enthalten seien.

Betrachtet man so auf der einen Seite den deutlich ausgesprochenen beschränkenden Willen des Gesetzgebers, auf der andern Seite die natürliche Billigkeit einer Ausdehnung, worauf der Gesetzgeber selbst wiederum in gewissem Sinne hinweist; so wird man gesonnen, einen Mittelweg einzuschlagen, der auch sonst wohl die Regeln einer ächten Auslegung für sich hat. Fremdartige Gründe dürfen allerdings auf keine Weise hergezogen werden, mögen sie auch noch so triftig scheinen. Denn die Willkühr der Entscheidung hierüber sollte aufhören. Aber man darf auch nicht die aufgezählten Gründe zu wörtlich fassen, und so noch mehr beschränken, als der Gesetzgeber selbst es wollte. Sondern man muß vielmehr auf die Absicht sehn, welche jeder einzelnen Ursache zum Grunde liegt, auf ihren innern Kern. Läßt sich nachweisen, daß eine nicht ausdrücklich aufgezählte Ursache auf demselben Grundgedanken beruht, auf den sich eine

249) Opera Col. Allob. 1761. T. I. p. 138. Obs. V. 5.

der angeführten stützt, so handelt man sicher dem Willen des Gesetzes vollkommen gemäß, wenn man sie eben so gelten läßt. Der Willkühr ist dadurch kein Spielraum gegeben; man hat ja immer noch den festen Halt des Gesetzes, den man ergreift [350].

Nach Giphanius fügte Karl V. für die Kinder einen 15ten Enterbungsgrund hinzu: wenn dieselben ohne Einwilligung der Eltern eine Ehe schließen. Eine wirkliche Verordnung habe ich nicht finden können. Dagegen kommt eine Andeutung derselben mit Rücksicht auf schon bestehende Praxis vor in der kaiserlichen Erklärung Karls V. vom 15. Mai 1548 [51]. Und Hartitzsch führt denselben Grund an, als in Sachsen gültig [52]. Daß er aus dem 11ten Justinianischen hervorging, ist klar.

---

350) *Hub. Giphanius* hat in seiner Explan. leg. Cod. Just. ad auth. Non licet II. 70. die beschränkende Meinung trefflich vertheidigt. Doch bin ich durch ihn nicht völlig überzeugt worden. Vg. auch *Sam. de Cocceji* Jus civ. controv. L. V. t. 2. q. 13. — Dagegen aber *Vinnius* Jnst. Comment. ad pr. J. de inoff. test. 4te Ausg. S. 383.

51) Sammlung der Reichsabschiede Bd. II. S. 564. Runde Deutsches Privatrecht §. 564.

52) Giph. a. a. O. S. 71. Hartitzsch Erbrecht S. 107.

In wiefern Aussöhnung und Verzeihung wirken, worüber von jeher viel Streit unter unsern Juristen geführt ward; das läßt sich, wie ich glaube, durch keine allgemeinen Regeln bestimmen, da dieß zu sehr mit der Individualität jedes einzelnen Falls zusammen hängt. Es wird daher am besten der Prüfung und Einsicht des Richters überlassen bleiben [353].

Vergleicht man die aufgezählten Enterbungsgründe mit einander, so erhellt daraus sicher, daß keiner derselben auf ein noch ganz kleines Kind, dem ja kein Vergehen zu schulden kommen kann, fällt, noch viel weniger aber auf ein noch nicht gebornes. Afterkinder können also auf keine Weise mehr gültig enterbt noch übergangen werden, denn sie sind nie undankbar oder frevelhaft. Zum Theil war dieß schon früher von Justinian ausgesprochen worden. Jetzt aber folgt es allgemein und ganz offenbar aus der Novelle 115 [54].

---

353) Die Literatur über diese Frage siehe bei Valett Notherbenrecht. S. 61. 62.

54) Vg. c. 33 §. 1 C. de inoff. test. *Glossa* vulg. ad. §. 2 J. de exher. lib. s. v. »rumpitur« und ad §. 5 J. eod. s. v. »antea nati sunt«. *Cujac.* Comment. in tit. D. de lib. et post. ad L. 3. Anderer Meinung ist *Alciat.* Paradox. L. IV. c. 10 in Opp IV, 86.

§. 25.

Wie wird nun die Ungültigkeit der Erbeinsetzung hervor gebracht, welche die Novelle als Strafe für ungehörige Ausschließung ankündigt?

Es gibt wenige Punkte im Römischen Recht, worüber die Meinungen der neuern Juristen von jeher so sehr getheilt sind, und so schroff einander gegenüber stehen, wie dieser. Auch wurden oft über diesen Streit andere wichtigere Fragen, die hier abzuhandeln sind, vernachlässigt.

Vor allen haben sich besonders drei verschiedne Ansichten gebildet, die Berücksichtigung verdienen. Nach der ersten, welche man das Inofficiositätssystem nannte, wird die Nichtigkeit der Erbeinsetzung durch die Querela inofficiosi bewirkt, sei es nun die alte durch die Novelle blos modificirte, oder eine neue, aus der Novelle erst entstandene.

Ihr gegenüber steht das Nullitätssystem, dem zufolge die fehlerhafte Erbeinsetzung in sich nichtig ist, und keiner Klage bedarf, um umgestürzt zu werden. Beide Meinungen vermitteln will das sogenannte gemischte System, indem es der letztern beitritt, wenn überall kein Enterbungsgrund dem Testament beigefügt ist, die erstere aber vorzieht,

wenn dieser zwar angegeben aber noch nicht bewiesen ist.

An dieser Verschiedenheit der Ansichten trägt offenbar Justinian selbst große Schuld. Er hätte sich deutlicher ausdrücken können und sollen. Es frägt sich indeß, ob er selbst Alles dieß klar erwogen, und vor Augen gehabt habe: worauf ich bald wieder zurück kommen werde. Jetzt wollen wir die Ausdrücke der Novelle betrachten, um die sich meistens allein der ganze Streit gedreht hat. Es sind diese:

c. 3. pr. Non licere — — praeterire — —, nisi forsan *probabuntur ingrati*, *et ipsas causas* — — *inseruerint* testamento.

c. 3. §. 13. personas, quas exheredare *non licet*, *nisi ingratitudinis causas ubique approbari contigerit*. (εἰ μὴ τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας γραφῆναι καὶ ἀποδειχθῆναι συμβαίη). Diese Stelle wird gewöhnlich ganz übersehn.

c. 3. §. 14. Si — — causas — — *inseruerint et heredes* unam — veram esse *monstraverint*. — — Si autem *haec observata non* fuerint, — — *testamento evacuato* liberos — tamquam ab *intestato* — pervenire.

c. 4. §. 8. Si causas *inscripserint*, *et* heredes — *probaverint* — —. Si autem *haec omnia non*

fuerint observata, nullam vim testamentum — — habere sancimus: sed *rescisso* testamento etc.

Faßt man diese Ausdrücke unbefangen ins Auge, so muß man gestehn, daß sie allein weder die erste noch zweite Meinung entschieden bestätigen. Nur der dritten gemischten Ansicht widerstreiten sie sämmtlich. Sie machen durchaus keinen Unterschied zwischen dem zwar angeführten aber nicht bewiesnen, und dem überall nicht beigeschriebnen Grund der Ausschließung. Sie verbinden mit beidem ganz dieselben Folgen, und sprechen von beidem in unmittelbarer Verbindung mit denselben Worten.

Häufig glaubte man in den Worten *evacuato, rescisso* testamento, τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, ἀνατρεπομένης, einen sichern Beleg für das Inofficiositätssystem zu finden. Denn, sagte man, was ipso jure nichtig ist, kann nicht umgeworfen, zerstört werden. Dieß ist ganz wahr; und ich gestehe, daß ich diesen Beweis für sehr bedeutend halten würde, wenn wir Papinians Sprache hier zu betrachten hätten. Da wir es aber mit Justinian zu thun haben, so steht gewiß nicht das mindeste im Wege, jene Worte im Sinne des Nullitätssystems so auszulegen: »indem das Testament von mir (dem Kaiser) durch dieß Gesetz umgeworfen, für nichtig erklärt wird,«

so daß sie eben den Willen des Gesetzgebers, der für die Zukunft alle dergleichen Testamente zerstört, ausdrücken.

Dagegen begünstigen die Worte des c. 4. §. 8. *nullam vim* testamentum habere offenbar mehr das Nullitätssystem, obgleich auch sie keineswegs, an sich betrachtet, entscheiden, und eine andere Erklärung zulassen können.

So viel von den bloßen Ausdrücken. Sehn wir auf den innern Zusammenhang der ganzen Novelle, so glaube ich, geht daraus hervor, daß das Nichtigkeitssystem den Vorzug verdiene. Es war, wie oben gezeigt wurde, Justinians Absicht, eine unbillige Ausschließung naher Personen im Testament überall zu verhindern. Daher erklärte er dieselbe gleich von vorne herein, für »gänzlich unerlaubt,« und nur in dem Fall für statthaft, wenn zugleich ein wichtiger Ausschließungsgrund angegeben und erwiesen sei. Wird seinem Verbot nicht gehorcht, so soll zur »Strafe« des Ungehorsams die ganze Erbeinsetzung nichts gelten.

Hier zeigen sich Grundverschiedenheiten vom alten pflichtwidrigen Testament. Jenes war völlig erlaubt, in jeder Hinsicht gültig, und fiel erst zusammen, wenn die Centumvirn durch ihr großes Ansehn dasselbe umwarfen. Jetzt aber ist ein solches Testa-

ment von Anfang an gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzes errichtet, es ist eine verbotne Handlung, die auf keine rechtliche Anerkennung, auf keinen rechtlichen Schutz Anspruch machen darf. Auch erinnert man sich sicher zur Unzeit an jene alten leges imperfectae, oder minus quam perfectae, welche zwar verbieten, aber die verbotne Handlung doch gelten lassen. Dergleichen ist Justinians Zeit fremd. Wer sich seinem Willen nicht unterwirft, wird bestraft, seine verbotnen Handlungen sind ungültig [355]. Beides aber sollte hier allein nicht der Fall sein? Justinian sagt auch nicht, ein solches Testament könne angefochten und umgeworfen werden, sondern: es soll keine Kraft haben, d. h. es ist ungültig. Ferner war die alte Querela inofficiosi ein außerordentliches Rechtsmittel; sie bedurfte sogar, um zu wirken, der Fiction des Wahnsinns. Jetzt aber verlangt die Novelle, da sie allgemein alle Ausschließung verbot, eines ordentlichen Rechtsmittel, und hat nicht nöthig,

---

355) Vg. c. 5. C. de legib. »ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, *licet legislator fieri prohibuerit* tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est.«

jene Fiction zu Hülfe zu rufen, da sie sich auf sich selbst stützen kann [356]). Damit hängen auch die ganz verschiednen Wirkungen zusammen, welche der alten Querela inofficiosi zukamen, und welche jetzt gelten. Jene warf das ganze Testament um, mit allen seinen Bestimmungen: die Novelle erklärt blos die fehlerhafte Einsetzung für ungültig.

356) Eine ganz wunderliche Meinung stellt Zimmern auf im Archiv. f. d. civ. Praxis. VIII. S. 155. Note 6. 7. Er glaubt, die alte Querela inofficiosi sei in dem Falle noch nothwendig, wo der Sohn auf gar nichts eingesetzt wurde, aber doch eingesetzt, wodurch der Novelle ein Genüge geleistet sei. Die actio suppletoria könne er aber nicht haben, weil er, ohne schon Etwas zu besitzen, nicht auf jene Ergänzung klagen könne. Ohne Zweifel hat indeß jener Gelehrte schon längst dieß Versehen (anders weiß ich es nicht zu nennen) aufgegeben. Hier nur dieß. In L. 17. §. 3. de hered. inst. kommt kein Erbe auf gar nichts vor (überhaupt ein Unding, denn worin sollte er den Erblasser repräsentiren? Was könnte ihm der nichts hat, adcresiren?) sondern es ist nichts weiter, als eine illusorische Erbeinsetzung. Der Erblasser sagt, vielleicht einen gierig auf das Testament hoffenden Verwandten höhnend: Nachdem ich mein ganzes Vermögen bis auf den letzten Heller jetzt vertheilt habe, sollst du den Ueberrest bekommen, d. h. wie der Jurist hinzusetzt, er bekommt gar nichts, und ist nichts weniger als Erbe geworden.

Das Uebrige, die Legate, Fideicommisse u. s. w. werden nicht berührt von jener Strafe, sowie sie auch frei sind von dem Fehler. Ehmals mußte ferner der Notherbe beweisen, daß er durch sein Betragen die Ausschließung nicht verdient habe; jetzt muß der eingesetzte Erbe im Gegentheil die Wahrheit des angeführten Grundes erweisen. Endlich wäre es doch zu verwundern, daß Justinian in der ganzen großen Novelle der Querela mit keiner Silbe Erwähnung gethan hat, wenn er wirklich diese als Rechtsmittel für sein Gesetz im Auge gehabt hätte.

Nach allem diesem bin ich überzeugt, daß hier keine andere Klage zusteht, als die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato, die man meinetwegen in dieser Verbindung auch querela inofficiosi ex jure novo nennen kann, die vielleicht Justinian selbst, und die Zeit nach ihm wirklich so nannten. Nur ist das fest zu halten, daß sie keineswegs gegen ein gültiges Testament gerichtet wird, sondern die Erbschaft *ab intestato* fordert, weil ein Testament vorhanden ist, das, weil es pflichtwidrig ist, von dem Gesetz nicht als wirksam anerkannt wird.

Dem Erfolg nach wird im Ganzen das Nämliche erreicht, man mag nun unmittelbare Nichtigkeit eintreten lassen, oder aber die Querela inofficiosi im

eigentlichen Sinne für nöthig erachten, da die letztere jetzt doch nichts weiter als eine qualificirte hereditatis petitio ab intestato ist. Dennoch zeigen sich einige nicht unbedeutende praktische Verschiedenheiten, auf welche beide Systeme führen. Von dem dritten, dem gemischten System braucht, nach seinem Charakter, nicht besonders die Rede zu sein, da es sich immer auf eines der beiden andern bezieht.

Wäre die Nichtigkeit des Testamentes eine absolute, so könnte man freilich noch mehr Verschiedenheiten aufzählen. Sie ist indessen nach der richtigern Meinung eher eine relative. Dieß beweist schon die Aufrechthaltung der Vermächtnisse, indem der Kaiser so den letzten Willen wenigstens theilweise schützte. Er dachte sich die freilich völlige Nichtigkeit der Erbeinsetzung nur in Beziehung auf die Kinder und Eltern, nicht aber auf alle Intestaterben. Für jene zu sorgen, war seine einzige Absicht. Ihnen sollte nullum *praejudicium* generari [357]. Unterlassen sie daher die Erbschaftsklage, so kann sich ein ferner Intestaterbe nicht auf diese Nichtigkeit des Testaments berufen, welche nicht für ihn verordnet ward, noch die Erbschaft ab intestato antreten. Ueberhaupt

357) c. 5. pr. c. 3. §. 14.

passen die Ausdrücke der Novelle besser zur relativen Nullität, zumal das Wort *rescindere* auch von der contra tab. b. possessio gebraucht wurde [358]). Diese war aber gerade bis Justinian am meisten praktisch gewesen, indem sie das strenge civile System umfaßte und milderte. Nichts ist daher begreiflicher, als daß der Gesetzgeber, an sie gewöhnt, auch hierin ihr folgte, und was in der Praxis herrschte, nur erweiterte, und mit seiner Sanction versah. So läßt sich auch kaum denken, daß ein solches pflichtwidriges Testament ein früheres nicht rumpiren sollte. Denn die in jenem enthaltnen Legate bleiben ja gültig stehn. Wie könnte man sie aber den eingesetzten Erben des ältern Testamentes noch zu den Vermächtnissen, die aus diesem auf ihnen lasten, zuschieben?

Dagegen können allerdings abweichende praktische Folgen daraus entstehn, daß im Fall der Nichtigkeit die Delation der Erbschaft ab intestato zur Zeit des Todes des Erblassers geschieht, aber wo es einer Querela bedarf, in der Regel später eintreten wird. Ferner verjährt die Querela bekanntlich in 5 Jahren, die hereditatis petitio aber erst in 30 Jah-

358) L. 1. de leg. praest.

ren. Von einigen andern wird später gelegentlich noch die Rede sein.

Die Sache stellt sich demnach, um einige Hauptfälle anzuführen, so. A) Es enterbt jemand A seinen Sohn B, ohne einen Grund dafür anzuführen, und setzt C zum Erben ein: B succedirt als Intestaterbe, und entreißt als solcher dem C den Besitz der Erbschaft. Besitzt aber B zugleich von Anfang, so hat C keine Erbschaftsklage gegen ihn. B) A enterbt den B, weil er ihm nach dem Leben getrachtet habe, C soll Erbe sein. Dieser Fall ist ungleich schwieriger. Denn es ist offenbar, daß das Testament nicht von Anfang an durchaus nichtig sein kann. Beweist C den angeführten Enterbungsgrund, so bleibt er Erbe, und wird es nicht erst jetzt. Dem Testament hatte auch nichts gefehlt, was seine Ungültigkeit hervor brachte. Daran nahmen viele, welche sonst das Nullitätssystem für das richtige hielten, Anstoß, und wurden in diesem Punkte wankend. So entstand ohne Zweifel das gemischte System.

Betrachten wir den Fall natürlich (diese natürliche Ansicht aber ist zugleich die einzig juristische), so finden wir zwei mögliche Erben, B und C, jenen ab intestato, diesen ex testamento. Alles hängt davon ab, ob C den angeführten Enterbungsgrund beweisen kann, oder nicht. Hat er dessen Wahrheit dar-

gethan, so bleibt ihm die Erbschaft gesichert, und B wird zurück gewiesen, wenn er etwa eine hereditatis petitio gegen ihn anstellen wollte. Hat er es nicht gekonnt, so bleibt B Erbe und zwar ab intestato. Auch er leitet aber sein Recht nicht erst von der Zeit ab, wo jener den Beweis führen wollte, aber nicht siegreich konnte, sondern von dem Tode des Erblassers an. Denn schon damals war der Grund nicht bewiesen und ungültig.

Beiden muß aber daran liegen, bald der Zweifel über ihr schwebendes Recht überhoben zu sein. Die Sicherheit wird am einfachsten dadurch erreicht, daß B die hereditatis petitio ab intestato gegen C anstellt. Dieser kann ihr nur dadurch entgehn, daß er die Gültigkeit des Testamentes, also die Wahrheit jenes Grundes erweist. Ebenso kann C, wenn B die Erbschaft besitzt, eine hereditatis petitio ex testamento gegen B gebrauchen, wobei er, um sie durchzusetzen, den Enterbungsgrund beweisen muß.

So, glaube ich, lassen sich die Schwierigkeiten völlig heben, ohne daß man nöthig hat, eine neue besondere Klage für diesen Fall zu erfinden, noch einen Unterschied zu machen, dem die Fassung der Novelle aufs bestimmteste widerspricht.

§. 26.

Viel wichtiger ist ohne Zweifel die Frage nach dem Verhältnisse des neuen Rechts der Novelle zum alten Recht. Im Allgemeinen war davon schon oben die Rede. Es ward gezeigt, daß Justinian in seinem Gesetze überhaupt sowohl die Uebergehung als Enterbung der Kinder und Eltern verbot, und für den Fall des Uebertretens dieses Verbots Nichtigkeit der Einsetzung verordnete. Daraus geht nämlich unmittelbar hervor, daß seine neue Gesetzgebung das ganze alte Recht, sowohl das civile als prätorische, und die Lehre vom pflichtwidrigen Testament in sich begreift und umfaßt. Sie verbindet und verschmelzt sie alle zu einem neuen, zeitgemäßen Recht, wobei es nicht mehr auf äußere Formalitäten, sondern auf das Wesen der Enterbung ankommt. Sie enthält auch von allen Bestandtheile in sich, vom civilen Präteritionsrecht die in Beziehung auf die Notherben völlige, keiner Fictionen bedürfende Nichtigkeit der Erbeinsetzung, von der prätorischen contra tabulas possessio vor allem die relative Nichtigkeit des Testamentes, und die Aufrechterhaltung der Legate, von der Lehre vom pflichtwidrigen Testament die Ausdehnung auf Kinder und Eltern und die Bestimmungen über die Ausschließungsgründe.

Alles dieses zeigt aufs klarste, daß wir hier eine **Umwandlung der ganzen Lehre** besitzen.

Wohl möglich, daß Justinian selbst dieß nicht ganz klar begriffen hat. Sonst hätte er vielleicht ausdrücklich davon gesprochen. Auch traf er blos, von den Bedürfnissen seiner Zeit getrieben, im Allgemeinen das Rechte: dieses aber kunstvoll im Einzelnen durchzuführen, und juristisch auszubilden, verstand weder er noch seine Zeit. Aus jenem Stillschweigen desselben hat man die bedeutendsten Gründe ziehen wollen für die Meinung, daß das ganze alte Recht noch fortbestehe. So gewiß es aber ist, daß Justinian, wenn er neues Recht einführt, gewöhnlich sich in Lobeserhebungen über seine Weisheit erschöpft, so hängt dieß doch sehr davon ab, wer gerade von seinen Rathgebern ihm zur Seite war, und für ihn die Verordnungen abfaßte. Und oft entbehren die allerwichtigsten Neuerungen dieser prahlenden Einleitungen, z. B. die Gleichstellung der Legate und Fideicommisse. Selbst die Novelle 118 tritt ohne großen Pomp auf.

Jene Masse von vielfachen Unterscheidungen in unsrer Lehre war ohne allen Zweifel in den Gerichtshöfen des Justinianischen Reichs schon lange **nicht mehr praktisch** [359]. Die Zeit verstand sie nicht,

---

359) Auch **Geßner** macht diesen praktischen Zustand mit Recht gelten. Obs. p. 34.

und erkannte sie nicht an. Um so weniger brauchte der Kaiser das alte Recht ausdrücklich aufzuheben. Stellte er ein neues auf, welches jenes ganz umfaßte, so dachte wohl niemand daran, statt dessen jene veralteten Regeln wieder hervor zu rufen.

Besondere Anschaulichkeit und neue Bestätigung gewinnt diese Ansicht von der gänzlichen Umschaffung des ganzen Rechts, wenn wir die wichtigsten einzelnen Fälle erwägen.

I) Ein Sohn und zwar A) ein *suus* wird von seinem Vater übergangen, d. h. nicht namentlich enterbt. Z. B. A soll mein Erbe sein; meinem undankbaren Sohn B legire ich blos Alimente. Weiter soll er nichts haben, da er meinem Leben nachgestellt hat. Nach dem Recht der Novelle ist das ganze Testament in jeder Beziehung gültig, sobald A die Wahrheit des angeführten Grundes erwiesen hat. Kann A sie nicht darthun, so fällt blos die Erbeinsetzung zusammen, das Uebrige bleibt wirksam. Nach dem alten Recht ist dieß ganz gleichgültig, und das Testament ist immer nichtig, in allen seinen Bestimmungen. Hier zeigt sich der Gegensatz auf's grellste. Der aus den beßten Gründen mit Recht übergangne Sohn soll das ganze Testament umstürzen können, blos weil er in der Gewalt des Vaters gelebt hat, und nicht ausdrücklich enterbt ist?

Wäre er enterbt worden, so wäre, nach aller Meinung, das ganze Testament vollgültig. Diese ganz entgegen gesetzte Entscheidung sollte in einer Zeit noch Statt finden, die einzig auf den Grund der Ausschließung und diese selbst sieht, der die Form, ob sie als Enterbung und Uebergehung sich gestalte, einerlei ist, in der die väterliche Gewalt selbst und ihre Folgen fast ganz aufgelöst und veraltet sind. Absurd wäre dieß sicher. Es ist aber wirklich nicht so. Justinian verordnet mit klaren Worten: Wenn der Grund der Ausschließung im Testament beigefügt und bewiesen ist, so soll das Testament volle Gültigkeit haben [360]. Er schafft aber ebenfalls civiles Recht, das nicht hinter dem alten in seiner Kraft und Geltung zurück steht, sondern vielmehr jenes, wo es widerspricht, abschafft. Das sah man auch allgemein ein, daß beide Rechte, neues und altes nicht neben einander bestehn können. Aber weil man dieses bei den Kindern, welche im alten Ordo: Unde liberi succedirten, nicht aufgeben wollte, so beschränkte man die Novelle, wider ihren Geist und Ausdruck auf die Fälle der alten Querela inofficiosi, und ließ im Uebrigen das alte

---

360) c. 3. §. 14. c. 4. §. 8.

Recht fortwirken, als ob es nicht längst seiner Natur nach erstorben wäre. Unsern Sitten ist es aber fürwahr noch fremder, einen so bedeutenden Unterschied zwischen Enterbung, deren eigentliches formelles Wesen wir kaum mehr kennen, und sonstiger Ausschließung eintreten zu lassen, abgesehn noch von den Wirkungen der väterlichen Gewalt.

B) Ein emancipirter Sohn ist übergangen. Auch dieser Fall ist in die Sphäre des neuen Gesetzes aufgenommen, und wird eben so entschieden, wie der vorige. Mit Recht; denn er weicht von diesem nur dadurch ab, daß hier von einem Emancipirten, dort von einem Suus die Rede ist. Diesen Unterschied untergrub aber das prätorische Recht schon mehre Jahrhunderte vor Justinians Gesetzgebung, der endlich die letzten Spuren desselben verwischte. Die *contra tabulas bonorum possessio* ist demnach ebenfalls jetzt unnöthig, um dem Sohne gegen ungerechte Ausschließung beizustehn. Und auch sie wird durch die Novelle, wo sie mit ihr übereinstimmt, hinreichend ersetzt, wo sie ihr widerspricht, aber abrogirt.

II. Die Kinder werden von ihrem Vater namentlich enterbt, und zwar aus einer gegründeten beigefügten Ursache, die vom geschriebnen Erben bewiesen ist. Dann ist das Testa-

ment vollgültig, wie dieß vom Gesetze selbst klar ausgesprochen ist. Nach dem alten Recht war es ebenfalls gültig: daher läßt sich hier nicht leicht eine Collision denken. Wohl aber tritt diese ein, wenn kein Grund der Enterbung angegeben wurde. Auch hier war nämlich früher das Testament gültig, konnte aber durch die Querela inofficiosi umgestürzt werden, wenn das gute Betragen des Sohns erwiesen wurde. Jetzt kommt es auf diesen Beweis nichts an: sondern in allen diesen Fällen ist die Erbeinsetzung fehlerhaft, und daher nichtig. Mag wirklich ein Grund dazu vorhanden sein oder nicht, genug er ist nicht angegeben, und hat als solcher auch keine Wirkung. In der Mitte zwischen beidem liegt wieder der Fall, wo der Grund zwar angegeben, aber noch nicht bewiesen ist. Dann ist das eine oder andere mögliche Folge. Immer aber ist in allen diesen Verhältnissen hinlänglich durch die Novelle gesorgt; und sie absorbirt das alte Recht ganz. Auf namentliche Enterbung kommt es ihr nicht mehr an: sondern an deren Stelle ist die Anführung des Beweggrundes getreten. Meistens freilich wird, wenn dieser dem Testament beigeschrieben ist, zugleich auch die Enterbung namentlich geschehn sein: zumal da darunter blos individuelle Bezeichnung des Enterbten zu verstehn ist. Nothwendig ist dieß Zusammentreffen aber nicht.

III. Bei den Afterkindern läßt sich, wie wir oben gesehn haben, gar keine gültige Enterbung oder Uebergehung mehr denken: da sie dieselbe nie verschuldet haben können. Wird sie dennoch versucht, so ist nach dem Recht der Novelle die Erbeinsetzung in diesem Testament immer nichtig. Hier ließe sich am ehsten eine Fortdauer des alten Rechts denken, da dieses ursprünglich nicht auf der Unbilligkeit der Präteritio beruhte, sondern auf dem Grundsatz: Agnatione postumi testamentum rumpitur, der bis in die spätesten Zeiten noch wiederholt wird. Doch hat sich dasselbe im Verlauf der Zeit so sehr dem übrigen Recht der Kinder auf Beachtung im Testament angenähert, daß man oft gar keinen Unterschied mehr zwischen ihnen zu machen wußte. Ich halte es deßhalb auch hier für richtiger, die Novelle allein wirken zu lassen, indem sie vollkommen genügt. Thut man dieß nicht, so wird einerseits der väterlichen Gewalt noch zu viel Gewicht beigelegt, anderseits entsteht eine offenbare Unbilligkeit, die in dem alten Recht zwar ebenfalls nicht fremd, aber doch nicht so auffallend war, da dieß mehr auf unumschränkter Testirfreiheit und Beachtung der Form hielt. Der böswillige Erblasser wird nämlich der gänzlichen Zerstörung des Testaments leicht vorbeugen können [361],

361) Vg. Valett a. a. O. S. 62.

indem er sein Afterkind im Testament wirklich enterbt. Dann bleiben ja alle seine Verfügungen außer der Erbeinsetzung gültig. Dagegen ist der gutgesinnte Erblasser, der vielleicht nicht weiß, daß er eine schwangere Frau hinterläßt, oder das Testament schon früher gemacht hat, und nun plötzlich stirbt, schlimmer daran: wenn durch die Geburt des nicht bedachten Kindes das ganze Testament in allen seinen Theilen unmittelbar nichtig wird.

IV. Die Kinder werden von ihrer Mutter oder mütterlichem Großvater von der Erbschaft ausgeschlossen. Daß dieser Fall ganz unter den Bereich der Novelle gehöre, ist soviel ich weiß, noch nie bezweifelt worden. Es kommt also hier wie überall nach meiner Ansicht, Alles auf die Beifügung und den Beweis des Ausschließungsgrundes an.

V. Werden die Eltern von ihren Kindern ohne Grund von der Erbschaft ausgeschlossen, so gilt bei ihnen natürlich blos das Recht der Novelle, nicht mehr die alten Befugnisse zur Querela inofficiosi. Ist aber auch die *contra tabulas bon. possessio*, welche ehmals dem Vater zustand, der seinen Sohn freigelassen hatte, aufgehoben? Sehr oft wird diese Frage ganz übersehn. Daß die Novelle auch für solche Väter, so gut wie für andere Eltern gesorgt hat, leidet keinen Zweifel. Wir können daher mit

Recht annehmen, daß jene bon. possessio, die ohnehin unpraktisch geworden wäre, schon in der Novelle ihre Auflösung fand [361 a]).

VI. So allgemein und umfassend im Uebrigen die Novelle erscheint, so thut sie dennoch der Geschwister keine Erwähnung. In Rücksicht auf sie ist daher das alte Recht der Querela inofficiosi stehn geblieben. Auffallend bleibt diese Erscheinung immer, und sie wird nicht erklärt, wenn man auch der Meinung derjenigen zutritt, welche der Novelle nur geringe Wichtigkeit beilegen, und in ihr nicht viel mehr als eine Aufzählung der möglichen Enterbungsgründe sehen. Denn auch so läßt sich immer noch fragen: Warum hat Justinian nicht auch für die Geschwister dergleichen Gründe vorgeschrieben, da diese doch einer solchen Bestimmung nicht minder bedurften, als Kinder und Eltern? Viele suchten zwar diese in der Novelle 22. c. 47. pr.; aber dieß Gesetz bezieht sich gar nicht auf die Enterbung der Geschwister [62]). Ferner geben auch jene zu, daß bei einer

361 a) Vg. Krondal: Findet die quer. inoff. test. oder richtiger die quer. null. ex Nov. 115 zu Gunsten des Vaters gegen eine letztwillige Verfügung seines Adoptivkindes Statt? Er verneint die Frage. Archiv f. civ. Prax. B. IV. S. 384–91.

62) Schon die Glosse konnte zu einer solchen falschen

ungegründeten Enterbung eines Kindes, das Testament der Mutter nur, soweit die Erbeinsetzung reicht, ungültig werde, nicht aber die übrigen Verfügungen. Hier aber wird, wenn der enterbte Bruder die Querela durchgesetzt hat, das ganze Testament in allen seinen Theilen ungültig: was doch immer eine wunderliche Verschiedenheit ist; die freilich bei unsrer Ansicht mehr Aufsehn macht, als bei jener, da letztere noch eine Menge ähnlicher und zum Theil viel gröberer Ungereimtheiten sich gefallen läßt.

Doch mildert sich dieser Vorwurf, der die Justianische Gesetzgebung hiebei trifft, allerdings dadurch, daß solche Fälle sehr selten vorkommen werden, weil die Klage nur gestattet ist, wenn eine unanständige Person [363] den Geschwistern als Erbe vorgezogen wurde. Ich bin indessen sehr geneigt, zu glauben, Justinian habe, vielleicht gerade wegen seiner Seltenheit, diesen Fall nicht absichtlich übergangen, sondern vielmehr es vergessen, ihn zu erwähnen und neu zu bestimmen.

Anwendung verleiten, die sich sogar Donellus wirklich zu Schulden kommen ließ. Comment. de J. C. Lib. IV. c. 15. §. 2—5.

363) Auch die Fortdauer dieser Bedingung wurde in neuern Zeiten, aber ohne Grund bestritten. Vg. Schrader. Diss. laud. §. 41. 42.

§. 27.

Das Recht auf den Pflichttheil ist in seiner alten Gestalt auch in der Novelle anerkannt, so bald Kinder oder Eltern eingesetzt sind, aber vielleicht auf einen zu kleinen Theil. Ist ihnen aber nur ein Legat oder Fideicommiß hinterlassen worden, ohne daß sie zugleich zu Erben eingesetzt sind, so fällt ihr Recht auf den Pflichttheil weg, und sie können blos auf Nichtigkeit des Testaments dringen. Erfolgt diese aber nicht, weil der Erbe z. B. die Wahrheit des angeführten Grundes erwiesen hat, so haben sie dennoch kein Recht auf den Pflichttheil als solchen [364]. Auch hierin sehe ich eine neue Bestätigung der Ansicht, daß die alte Querela inofficiosi aufgehoben ist. Würde sie auch jetzt noch fortdauern, so wäre es wenigstens sehr auffallend, wenn der enterbte Sohn an sie nothwendig gebunden wäre, und nicht die freie Wahl hätte, sie zu gebrauchen, oder die Ergänzung des Pflichttheils zu fordern.

Hingegen in Rücksicht auf die Geschwister bleibt es beim alten Recht des Pflichttheils in jeder Beziehung. Sie können blos auf Ergänzung des Pflicht-

364) c. 5. pr. c. 3. pr.

theils, nicht aber mit der Querela inofficiosi klagen, sobald ihnen nur irgend etwas z. B. als Legat vermacht ist. Denn bei ihnen ist es keineswegs durchaus erforderlich, daß sie zu Erben eingesetzt werden: und in diesem Sinne sind die Geschwister keine Notherben.

Seitdem wurden aber durch die Novelle 118 und ihren Anhang die Novelle 127 einige Veränderungen wenigstens mittelbar herbeigeführt. Da die Größe des Pflichttheils nach der Intestatportion sich richtet, muß sie natürlich, wenn diese sich durch neue Gesetzgebung verändert, ebenfalls verschieden werden. Da z. B. Geschwister und Eltern zugleich zur Intestaterbfolge gelangen, so wird meistens jener Pflichttheil kleiner ausfallen, als ehmals, wo jene diesen häufig vorgingen. Dieß bedarf indeß keiner genauern Durchführung im Einzelnen.

Viele neuere Juristen schreiben der Novelle 118 ganz besondere Wichtigkeit zu in unsrer Lehre, und leiten bedeutende Veränderungen aus ihr her. Um sie gehörig zu würdigen, muß man vor allen das Verhältniß der Intestaterbfolge zum Notherbenrecht gehörig auffassen und festhalten. Daß beide mit einander eng verbunden sind, leidet keinen Zweifel. Dieses setzt immer jene voraus, und kann ohne sie nicht bestehn: nicht aber umgekehrt. Nur ein Intestat-

erbe kann Notherbe sein; aber nicht jeder Intestaterbe ist auch Notherbe. Dieß zeigt die ganze Geschichte unsrer Lehre so deutlich, daß es keiner besondern Belege mehr bedarf. Es kann daher aus der Erweiterung der Intestaterfolge noch kein sicherer Schluß gemacht werden auf Ausdehnung des Notherbenrechts, welches an gewisse Personen gebunden ist, und immer einer besondern Ertheilung bedarf. Von diesem spricht aber Justinian sonderbarer Weise in der Novelle 118 gar nicht. Man hat sich daher um so mehr zu hüthen vor willkührlichen Ausdehnungen.

So wird z. B. der von einem Ascendenten, also mit vollen Wirkungen adoptirte Sohn jetzt auch als Intestaterbe seines natürlichen Vaters zugelassen. Dennoch dauert das alte Verbot, daß er des letztern Testament nicht anfechten könne, sicher fort [365]. Ebenso wollte man, weil die Novelle 118 die Geschwister blos vom Vater her den Geschwistern, die nur die Mutter gemeinsam haben, gleich stelle, und weil sie selbst die Geschwisterkinder in gewissen Fällen zugleich mit jenen zur Erbfolge rufe, allen diesen

365) Nov. 118. c. 4. c. 10. §. 1. C. de adoption. Vg. Schrader a. a. O. §. 30. Glück Erläuterung der Pand. Th. VII. S. 11. Geßner a. a. O. S. 79.

Personen gleiche Rechte an der Querela inofficiosi und dem Pflichttheil zugestehn. Besonders trieb J. H. Böhmer [366]) diese Meinung auf die Spitze. Dazu ist man aber gewiß nicht berechtigt, und zwar um so weniger, je beschränkter überhaupt die Ansprüche der Geschwister sind. Am ehsten würde ich indeß eine Ausdehnung auf die Halbgeschwister von der Mutter her zugeben, wie schon oben bemerkt wurde [67]). Aber auch dieses ist nicht gerade zu nöthig. Wo das einheimische Recht mit seinen verschiednen Ansichten entgegen strebt, wird sich dieser allerdings seltsame Ueberrest des alten Rechts von selbst in den Hintergrund verlieren. Er ist indessen auch nicht so vereinzelt, als man wohl glauben möchte. Denn nach Justinianischem Recht werden immer noch nur die Agnaten des Adoptivvaters Cognaten des Adoptivsohnes, nicht auch zugleich die Cognaten des erstern.

Auf der andern Seite entstehn allerdings daraus Neuerungen, daß die Novelle 118 die Rangfolge

366) In seinen oben angef. Exercitt. ad Pand. t. II. ad Lib. V. t. 2.

67) Doch ist schon die Glosse zu c. 21. C. h. t. für die Ausschließung der uterini. Vg. Höpfner Comment. üb. die Heinec. Instit. S. 367. Oben S. 151. No. 204.

der Intestaterben zum Theil verändert hat, indem die Notherben, bevor sie auf die Intestaterbfolge Ansprüche haben, nicht auftreten können gegen das Testament. So z. B. kam ehmals der Enkel in der Gewalt mit seinem emancipirten Vater zugleich zur Succession in den Nachlaß des Großvaters. Jetzt aber steht er jenem nach, und kann daher, so lange derselbe nicht austritt, sein Notherbenrecht nicht gelten machen.

Die merkwürdigsten Verhältnisse zeigen sich wieder in Rücksicht auf die Geschwister, deren Recht äußerst kümmerlich von der Gesetzgebung bedacht ward, woraus eine Menge von Zweifeln und Streitfragen herrühren. Wenn Halbgeschwister nun vom Vater her und Vollgeschwister zugleich vorhanden sind, so können jene die Querela nicht anstellen, weil sie in der Intestaterbfolge [368]) von diesen ausgeschlossen werden, obgleich sie früher das nämliche Recht hatten. Noch mehr. Sind gar keine vollbürtige Geschwister vorhanden, sondern nur Kinder von solchen, die folglich nicht einmal Notherbenrecht haben, so schließen sogar diese die Halbgeschwister vom Vater her sammt ihrer Querela inofficiosi aus, wenigstens nach dem Reichsabschied vom Jahr 1529.

---

368) Nov. 118. c. 3.

Am schwierigsten ist wohl die Entscheidung, wenn Ascendenten und Geschwister mit einander concurriren. Sind jene unrechtmäßig ausgeschlossen, so fällt die Erbeinsetzung zusammen, und die Geschwister succediren ebenfalls als Intestaterben. An eine theilweise Statt findende Nichtigkeit [69]) ist nicht zu denken, nach allem Obigen, was über das Wesen der Novelle gesagt wurde. Wie aber wenn die Vorfahren gehörig bedacht sind? Können dann die Geschwister die Querela anstellen? Daß dieß nur möglich ist, wenn schändliche Personen ihnen vorgezogen wurden, und nur gegen diese, versteht sich. Bei ihnen kann allerdings die Klage nur einen Theil des Testaments umstürzen, so daß z. B. die Erbeinsetzung der Ascendenten stehn bleibt: denn bei ihnen wirkt das alte Recht fort. Aber ist dieß überhaupt möglich, so lange die Ascendenten da sind, und das Testament von ihrer Seite gültig ist? Dieß ist ein Punkt, wobei man unmöglich zu völliger Sicherheit gelangen kann, und worüber sich viel hin und her reden läßt. Bis daher von der entgegen gesetzten Seite bessere Gründe vorgebracht werden, bleibe ich der herrschenden Meinung treu, welche die Geschwister nur dann zur Klage zu-

---

369) Schrader behauptet eine solche Diss. laud. §. 73.

läßt, wenn die Ascendenten ausgefallen sind [370]. Jene wurden nämlich offenbar im alten Recht immer zurück gesetzt, noch mehr aber durch die Novelle 115, welche die Eltern den Kindern fast ganz gleichstellte, und das Notherbenrecht der Geschwister nur in seiner alten beschränkten Gestalt, nach welcher es gegen ordentliche Leute gar nicht ausgeübt werden kann, beibehielt.

§. 28.

Noch sind zum Schlusse einige interessante Fragen zu berücksichtigen, die freilich nicht unmittelbar aus den Quellen entschieden werden können.

1) Koch [71]) erzählt folgenden Fall: Es hatte jemand seine Mutter übergangen im Testamente. Die Mutter starb aber vor des Erblassers Tode. Nun wollten die Intestaterben ihr Recht als solche geltend machen, indem das lieblose Testament nichtig sei. Sie wurden aber in allen drei Instanzen zurück gewiesen. Daraus folgert er, daß das Inofficiositätssystem den Spruch der Richter gelenkt habe. Allein mit Unrecht.

---

370) Vg. Glück Commentar. Th. VII. S. 11. Das Gegentheil vertheidigt Schrader a. a. O. Beide führen die hieher gehörige Literatur an.

71) Bon. Poss. S. 436.

Jenes hätte allerdings so entscheiden müssen: aber das Urtheil steht auch mit dem Nullitätssystem gar nicht in Widerspruch. Man braucht nur sich die contra tabulas bonorum possessio zu vergegenwärtigen, welche ein solches Testament ebenfalls aufrecht erhielt, um dieß klar einzusehn. Das Princip der Billigkeit vom prätorischen Recht geschützt, ging offenbar dahin, das Testament, dem nur das Dasein des Notherben den Untergang drohte, beim Ausfallen desselben noch vor dem Tode des Erblassers, bei Kräften zu erhalten: und es erhielt sich durch alle Zeiten hindurch bis auf Justinian. Wie sollte es da auf einmal, statt Anerkennung zu finden, stillschweigend abgeschafft worden sein?

2) Sind übermäßige Legate vorhanden, welche die Erbschaft fast ganz erschöpfen, was ist dann zu thun? Sollen sie alle bezahlt werden, oder nur zum Theil? Und in wie weit sind die Intestaterben verpflichtet sie zu leisten? Daß vor allem die lex Falcidia in ihrer Ausdehnung den letztern zu Hülfe kommt, scheint an sich klar. Ich glaube aber, daß auch der Pflichttheil den Notherben vollständig rein erhalten werden muß. In so weit werden also die Legate geschmälert; zumal dieß ebenfalls eintreffen würde nach dem Obigen, wenn die Notherben auf einen zu geringen Theil eingesetzt wären.

3) Ein Vater **enterbte** seinen Sohn, **legirte** ihm aber z. B. ein Haus. Der Sohn nahm das Legat an, kann er jetzt noch als Intestaterbe auftreten? Nach dem alten Recht kann er dieß keineswegs, denn er erkannte den Willen des Erblassers zu seinem Vortheil an, den er doch bekämpfen und umstürzen will. Das System, welches das alte Recht so viel möglich zu schützen sucht, wird ihm daher die Querel und die Antretung verweigern [372]. Wie steht es aber nach unserm System? Hier läßt sich eher zweifeln. Das Testament ist auf jeden Fall fehlerhaft, und Intestaterbfolge tritt ein. In dieser wird auch der enterbte Sohn gerufen. Hier sehe ich drei mögliche Ansichten: a) Der Sohn wird per exceptionem zurück gewiesen, weil er den Willen des Erblassers anerkannt hat. Dafür läßt sich die Analogie der prätorischen Erbfolge gegen das Testament anführen, und eben so die der alten Querela inofficiosi. b) Der Sohn wird allerdings Intestaterbe, verliert aber das Legat, so weit es nach dem vorigen nicht zur Erfüllung seines Pflichttheils nöthig ist. c) Er wird Intestaterbe und behält das Legat. Man könnte zur Vertheidigung dieser Ansicht sich auf die Novelle selbst berufen, welche die Gültigkeit der Legate ausspreche. Allein Justinian

372) Vgl. Glück Comment. VII. S. 480.

hatte wohl nur die Legate im Auge, welche andern Personen, außer dem Enterbten, vermacht waren; denn jenen schützte er hinlänglich durch den Eintritt der Intestaterbfolge. Ueberdieß wäre es doch äußerst unbillig, wenn der enterbte Sohn, einen so bedeutenden Vorzug vor seinen eingesetzten Geschwistern, denen vielleicht, eben weil sie eingesetzt wurden, nichts weiter vermacht ward, voraus hätte. Ich möchte mich daher am liebsten für eine der beiden ersten Meinungen erklären. Welche von ihnen aber die richtige sei, wage ich nicht zu entscheiden.

4) Damit in Beziehung steht folgender Fall: ein Vater setzt von drei Kindern, A und B zu alleinigen Erben ein. Dem dritten Sohn C legirt er blos den Pflichttheil. Ob er ihn zugleich enterbt oder blos stillschweigend ausgeschlossen hat, ist unserer Ansicht gleichgültig.

Nach der entgegen gesetzten Meinung aber wird C in jenem Fall die Querela inofficiosi anstellen, und nachdem er diese durchgefochten, ab intestato succediren. Dann ist das Legat aber als solches nichtig. Er darf sich nicht auf den Willen des Erblassers berufen, wenn er diesen seinem Hauptinhalte nach umstürzt. Ist er aber hintergangen, so erhält er als Emancipatus die contra tabulas bonorum possessio. Das Legat kann er ebenfalls nicht begehren.

War er suus, so fällt unmittelbar das ganze Testament mit allen seinen Verfügungen zusammen, also auch jenes Legat, und C succedirt ab intestato.

Von unserm Gesichtspunkte aus wird in allen diesen Fällen die Erbeinsetzung nichtig, die Legate aber bleiben stehen. Ob aber das Legat des Enterbten Kraft behält, läßt sich dennoch bestreiten. Nicht blos hätte dieser unverdienter Weise vor seinen Geschwistern einen unbilligen Vorzug. Sondern die Analogie des alten Rechts, namentlich der contra tabulas bon. possessio kann mit Recht dagegen angeführt werden. Jene nämlich ließ die Legate, welche an Kinder und Eltern vermacht waren, ebenfalls bestehn, und zerstörte dennoch die Legate des Präterirten, der sich der prätorischen Erbfolge gegen das Testament bediente, welche ihrem Inhalte nach wesentlich mit der Intestatsuccession verwandt ist. Auch er sollte nicht zugleich die Vortheile des letzten Willens des Erblassers genießen, und die Vortheile, welche die Zerstörung dieses Willens darbot [373]. Ich habe

373) Die Glosse zu c. 4. C. de lib. praet., ad v. totius substantiae läßt die Sache unentschieden. Hugolinus und Dynus behaupten, ein solches Legat sei gültig. Martinus Sil. dagegen gibt dieß zwar nach strengem Rechte zu, läßt es aber ungültig werden aus Grundsätzen der Billigkeit. Die Ansicht, daß es auf jeden Fall nicht aufrecht erhalten werden dürfe,

mich schon mehrfach auf ähnliche Entscheidungen des alten Rechts berufen. Ungeachtet nämlich dieses durch die Novelle aufgehoben ward, bleibt es doch immer als historische Grundlage derselben, und als reiche Fundgrube mannichfacher Bestimmungen über ähnliche Verhältnisse und juristischer Ausbildung im Einzelnen sehr wichtig, und verdient die größte Aufmerksamkeit, besonders wenn man bedenkt, wie kurz und oft nur im Allgemeinen andeutend die Novelle verfaßt ist.

5) Endlich ist von alter Zeit her sehr bestritten, ob die *substitutio pupillaris* erhalten, oder mit der Erbeinsetzung zerstört werde [374]). Die erstere Meinung gewann indeß mit Recht die Oberhand. Denn diese Substitution ist ganz unabhängig von dem im Haupttestament verletzten Notherbenrecht, und darf in dieser Beziehung von der Nichtigkeit der Einsetzung nicht mit ergriffen werden. Man kann solches auch um so eher gelten lassen, als schon die c. t. b. possessio die substitutio pupillaris bestehn ließ.

---

vertheidigt besonders Cynus sup. Cod. ad auth. ex causa.

374) Gl. »Institutione« ad L. 1. de vulg et pup. *Baldus* in Cod. Lugd. 1551. p. 846. läugnet ihre Gültigkeit. Glück Pand. a. a. O. S. 452. Vg. auch Zimmern Römischrechtl. Unters. Bd. I. S. 83 — 88.

Fünftes Buch.

Dogmengeschichte.

---

§. 29.

In diesem Buche geht, wie schon in der Einleitung angedeutet wurde, unsere Absicht dahin, die verschiednen Ansichten, welche über das Recht der Novelle 115 und ihr Verhältniß zum alten Recht seit der Bekanntmachung derselben bis auf unsere Zeiten hinunter sich zeigten, darzustellen und zu prüfen. In mancher Hinsicht können wir ganz kurz sein, da das vierte Buch die Hauptpunkte schon erörtert hat.

Auf zwei Fragen haben wir hier besonders unser Augenmerk zu richten. 1) Wie wird das nach der Novelle lieblose Testament ungültig? wobei vorzüglich die drei oben genannten Ansichten, das Inofficiositäts-, Nullitäts- und gemischte System zur Sprache kommen werden. Damit hängt zusammen, aber doch bei weitem nicht so genau, als man oft

annimmt, die zweite wichtigere Frage: 2) Inwiefern wirkte die Novelle auf das alte Recht? Die eine Hauptansicht geht dahin, die Novelle habe das ganze alte Recht in sich aufgenommen, und in ein neues Ganzes umgestaltet. Die andere bezieht die Novelle nur auf das alte testamentum inofficiosum, und läßt das civile und prätorische Präteritionsrecht daneben fortdauern. Ich befinde mich hier in einiger Verlegenheit, indem ich mich nach einer passenden Benennung umsehe. Doch läßt sich die erste Meinung wohl schicklich durch das Ausschließungssystem bezeichnen, da nach ihm die Novelle jede Enterbung der Uebergehung gleichgestellt, und beide umfaßt hat. Das zweite heißt dann im Gegensatz: Enterbungssystem, indem es die alte Uebergehung nicht hieher zieht, sondern die Novelle blos auf die Enterbung, und was dieser schon früher gleich stand, die Uebergehung der Eltern, beschränkt.

In diesem §. haben wir es weniger mit verschiedenen Theorien gelehrter Juristen zu thun, als vielmehr mit den Ansichten der Zeit vor den Glossatoren, welche daher zum Theil noch als Beweise für die eine oder andere Meinung gebraucht werden können, da sie das Recht, wie es seit Justinian praktisch war, darstellen, und so den wahren Willen des Gesetzgebers am deutlichsten zeigen.

An der Spitze dieser Zeugen steht Julian: da sein Auszug der Novellen, den er nach Biener ums Jahr 556 bei Justinians Lebzeiten verfaßte, fast eben so sehr zu unsern Rechtsquellen als zu bloßen Bearbeitungen derselben gehört. In Rücksicht auf die zweite Frage läßt sich aus Julian nichts neues schließen, da er blos die Bestimmungen der Novelle mit ähnlichen Worten wiederholt. Auch er macht keinen Unterschied zwischen Präteritio und Exheredatio. Dagegen was das Rechtsmittel betrifft, welches gegen ein pflichtwidriges Testament gegeben wird, so berufen sich die Anhänger des Inofficiositätssystems sehr auf ihn. Er bedient sich wirklich auch mehrer Ausdrücke, welche darauf hindeuten, daß das Testament erst noch umgestürzt werden müsse. Wäre daher nicht das ächte griechische Gesetz, nebst der Versio vulgaris, der ebenfalls eine besondere griechische Sammlung der ächten Novellen zu Grunde lag, uns erhalten, deren Uebereinstimmung weit mehr gilt als Julians Auszug, so hätte ich vielleicht eher mich zu jenem Systeme bekannt. Doch hören wir Julian selbst sprechen:

Sive igitur omnes praedictas causas sive unam ex his parentes in suo scripserint testamento, et filios suos exheredaverint: *si quidem* scripti heredes *probaverint* causam ingratitudinis veram esse, *valeat*

testamentum, Sin autem *probare* non potuerint, institutiones eorum *infirmentur*, et parentum hereditatem filii *ab intestato pervenientes* ex aequis portionibus capiant. Legata autem — — valeant, ut sola institutio heredum *tollatur*[375]).

Enimvero si haec non fuerint observata, testamentum quidem *refutetur*: jura autem *ab intestato successionis* locum habeant. — Si qui autem heredes scripti fuerint: — — testamentum autem non *rescindatur*[76]).

Dennoch ist der Schluß aus diesen Worten auf die Querela inofficiosi sehr unsicher. Denn dem äußern Ansehn nach hat eine hereditatis petitio ab intestato, wenn sie ein pflichtwidriges Testament voraus setzt, immer sehr viel Aehnliches mit einer Klage, welche dieses erst noch umwirft. Und es gehört schon ein ziemlich gebildeter juristischer Sinn dazu, das Testament sich immer rein als nichtig zu denken, wenn man doch die mit allen äußern Zeichen eines letzten Willens versehne Urkunde vor sich liegen sieht, zumal wenn sich auf der andern Seite die Möglichkeit zeigt, daß es auch ganz wirksam sein könne, und es so zwischen völliger Nichtigkeit und völliger

375) Juliani Epit. ed. Pithoei Basil. 1576. Nov. 107. S. 133.
76) Ebend. S. 134.

Gültigkeit schwebt. Da scheint es denn oft, als werde das Testament erst vernichtet durch das Urtheil des Richters, weil von diesem die Nichtigkeit erst unwiderruflich ausgesprochen wird. Man darf daher in einer so gesunknen Zeit, wie die Justinians ist, nicht erwarten, daß solche Unterschiede immer ganz genau gedacht, noch viel weniger aber, daß sie scharf und bestimmt ausgedrückt werden. Deßhalb wird es immer gewagt sein, aus einzelnen solchen Ausdrücken, die mit der ungenauen Sprache des gemeinen Lebens nur zu sehr überein stimmen, viel zu folgern. Ja ich kenne sogar keinen einzigen juristischen Schriftsteller, der sich über diesen Gegenstand ausführlicher erklärt, und nicht zuweilen Wörter wie infirmare, cassare, umstürzen und dgl. miteingeflochten hat, die genau genommen mit dem Nullitätssystem, welches kein nichtig Werden sondern Sein voraus setzt, nicht aufs beste harmoniren.

Bevor wir mit Julian nach Italien übergehn, und die Geschichte des Rechts unsrer Novelle im Occident verfolgen, wollen wir noch einige Augenblicke im Orient verweilen, um dann desto ungestörter unser Augenmerk ganz auf jenen richten zu können.

Die Basiliken geben uns schon bestimmtern Aufschluß, wie die Novelle von den Juristen des Griechischen Kaiserthums aufgefaßt wurde, als Julian.

Zwar ist fast das ganze alte Recht der Präteritio in sie aufgenommen worden, obgleich sie doch mehr als 300 Jahre jünger sind als Justinian: woraus man schließen könnte, es sei noch praktisch gewesen, und zeuge gegen unsre Ansicht von der Umgestaltung des Rechts durch die Novelle. Allein die Basiliken übersetzen die sämmtlichen Justinianischen Rechtsquellen, ohne besonders darauf zu sehn, ob sie nicht antiquirt seien. Manches in jenen Stellen hatte auch nach der Novelle noch bedeutendes Interesse. Je weniger diese mit einer kunstvollen juristischen Theorie versehn war, desto mehr mußte sie immer noch die Analogie des alten Rechts zu Hülfe ziehn. Eine passende Parallele liefert die Novelle 118. Kein Mensch wird zweifeln, daß diese die ganze Intestaterbfolge umgeschaffen und neu bestimmt habe. Dennoch ist an vielen Orten veraltetes Intestaterbrecht in die Basiliken aufgenommen, und nur die Scholien bezeichnen es als abgeschafft.

Wichtiger ist aber schon die Stellung, welche unsre Novelle hier einnimmt, nämlich am Schlusse des sehr verkürzten Titels *de liberis et postumis*, Lib. XXXV. t. 8. Sie ward also nicht blos auf die vom Vater enterbten Kinder, sondern auch auf die übergangnen, mithin überhaupt auf die ausgeschloßnen bezogen. Sonst müßte sie wenigstens in den Titel

de querela testamenti L. XXXIX. t. 1., worin die alte Lehre vom testamentum inofficiosum aufgenommen ist, gestellt worden sein.

Die Griechischen Scholiasten entscheiden die Sache auf's bestimmteste. Da sie eine wesentliche Ergänzung der Basiliken sind, besonders in praktischer Hinsicht, und ungefähr gleichzeitig mit den Verfassern jener lebten, so können wir ihre Meinung, besonders wenn sie alle überein stimmen, als entschieden praktische Ansicht der Zeit und der Gesetzgeber ansehn. Alle aber beziehn die Novelle auf das gesammte alte Recht, auf alle Kinder überhaupt, mögen sie in der Gewalt gewesen sein oder nicht, waren sie enterbt oder übergangen. Sie befolgen demnach sämmtlich das Ausschließungssystem [377]. So z. B. bemerkt ein Scholiast zum Titel: de bonorum poss. contra tab. L. XL. t. 3. von vorne herein folgendes:

Hic titulus secundum *jus, quod obtinet*, superfluus est. Cum enim novella constitutio post codicem edita certas causas enumeret, extra quas, si

377) Vg. Schol. bei Fabrot. Th. IV. S. 792. — Schol. g. ebend. Th. V. S. 225. Schol. c. ebend. S. 277. Schol. g. ebend. S. 278. Schol. i. S. 281.

quis filium suum exheredaverit aut praeterierit, infirmatur (ἀκυροῦται) institutio, legata autem omnia praestantur; hic titulus locum non habet, nec sequens (sc. de conjung. cum emanc.). Lege ipsos propter paratitla, quae ibi habentur [378]).

Die Klage, womit der Wille der Novelle exsequirt wird, heißt hier allerdings *querela inofficiosi* (μέμψις διαθήκης): aber ein Scholiast erklärt weitläufig, man dürfe sie ja nicht für eine besondere Klage halten, sondern sie eine ganz gewöhnliche *hereditatis petitio ab intestato* nur ex causa inofficiosi testamenti, weil ein pflichtwidriges und als solches ungültiges Testament vorliege. Sie sei von dieser nicht mehr verschieden, als die hereditatis petitio, mit welcher Kinder ex Senatusconsulto Orphitiano die Erbschaft der Mutter fordern [79]). Ferner sagt ein anderes Scholion [80]), die Novelle beziehe sich gleichmäßig auf filii sui exheredati, praeteriti und postumi. Nur der Unterschied sei zwischen den lebenden und nachgebornen Kindern geblieben, daß ein Testament, worin jene nach der Novelle nicht gehörig bedacht

378) Schol. a. ebend. S. 311.

79) a. a. O. S. 222.

80) Schol. c. ebend. S. 277.

seien, ein früheres nicht rumpire, wohl aber das, worin das Afterkind übergangen sei. Daraus scheint hervorzugehn, daß auch das Nullitätssystem im Orient praktisch war, und sogar ein strengeres, als das unsrige ist.

Die Ekloga vom Jahr 876 [381]), die ich indeß nicht aus eigner Anschauung kenne, läßt ungeachtet der Agnation eines Postumus, Freiheiten und Legate bestehn, was wieder mit unserer Ansicht wohl überein stimmt [82]).

Da das Prochiron, welches Witte ungefähr ins Jahr 900 setzt [82 a]), in das Rechtsbuch des Harmenopul wörtlich aufgenommen ist, so können wir beide auf einmal abhandeln, ungeachtet das letztere bedeutend neuer ist, und in die erste Hälfte des 14ten Jahrhunderts gehört.

In beiden findet sich die Novelle 115, soweit sie hieher gehört, vollständig wieder [83]), und ist als Hauptquelle für das gesammte Notherbenrecht betrachtet. Denn das alte Recht, insofern es

---

381) Siehe K. Witte: Ueber einige byzant. Rechtscomp. im Rhein. Museum. Bd. III. S. 74.

82) Witte a. a. O. S. 50.

82a) a. a. O. S. 75. Vg. Rhein. Mus. Bd II. S. 283. folg.

83) Harm. V. t. 9. §. 31—33. Ecl. XXXIII. 1—23. Vg. Mus. a. a. O. S. 63.

nicht genau mit ihr zusammen hängt, ist nur äußerst karg bedacht, und kaum mit wenig Worten berührt. Die verschiednen Verhältnisse, welche aus der formellen Mannigfaltigkeit der Ausschließung, und den besondern ebenfalls formellen Eigenschaften der Personen entspringen, sind durchaus nicht aus einander gehalten, sondern zeigen sich nur noch wie dunkle Erinnerungen in einigen seltnen Ueberbleibseln, die räthselhaft genug auf längst untergegangne andere Rechte deuten. So wird die contra tabulas bon. possessio zwar erwähnt, doch nur zweimal, ebenso die bon. possio überhaupt; aber Harmenopul weiß nicht mehr, was sie eigentlich gewesen war [384].

Durch Präterition der Kinder werden die Testamente blos *ἀτελεῖς* (imperfecta), nicht aber *ῥηγνυμέναι* (rupta) noch *ἀκυρουμέναι* (irrita). Nur die Erbeinsetzung fällt weg, und die Intestaterben treten statt der geschriebnen an [85]. Dagegen rumpirt die Geburt eines Afterkindes das Testament ganz in allen seinen Theilen [86].

---

384) Harm. V. 6. §. 6. V. 8. §. 27. — V. 6. §. 7. I. 3. §. 31.

85) Harm. V. 5. §. 1. 4. 5. 11.

86) Harm. V. 5. §. 1. 7—9. V. 7. §. 6. Nur die erste von diesen Stellen steht in der Ecloga.

Den enterbten Kindern, Eltern, Geschwistern gesteht er allerdings die Querela inofficiosi zu, obgleich er von ihrem Effekt nichts spricht [387]). Desto schwieriger ist es zu bestimmen, was er eigentlich darunter denkt. Denn daß der bloße Name nicht entscheide, haben wir schon bei den Basiliken gesehn.

Ueberhaupt frägt sich hier immer, ob diese letztern Bestimmungen nicht bloße Ueberreste des alten Rechts sind, die sich dem Verfasser selbst halb unbewußt, in sein Buch eingeschlichen, und neben dem neuen Recht erhalten haben. Das darf gar nicht befremden, da sich manches Aehnliche bei ihm zeigt. So führt er z. B. Wirkungen der capitis deminutio minima an, an deren praktische Gültigkeit schon lange nicht mehr zu denken war [88]). So erwähnt er sogar des jus adcrescendi, welches den übergangnen Töchtern und Enkeln nach dem alten Civilrecht einst zugestanden, ungeachtet selbst in den Justinianischen Rechtsbüchern fast jede Spur davon vertilgt ist [89]). So gibt er endlich dem Sohne die Querela inofficiosi selbst dann, wenn er als Erbe eingesetzt wurde, und

---

387) Harm. V. 6. §. 1. V. 9. §. 20.

88) Harm. V. 5. §. 3.

89) Harm. V. 5. §. 2. Ecl. XXV.

nur nicht den vollen Pflichttheil erhalten hatte, was doch im offenbarsten Widerspruch steht mit der Novelle 115, die sogleich darauf folgt [390]).

Bei den Enterbungsgründen der Kinder findet sich hier ebenfalls ein neuer zwischen dem 7ten und 8ten eingeschaltet, der so lautet:

Si illis in diutina infirmitate jacentibus (parentibus) aut in egestate et impotentia constitutis, filii nullam eorum curam gesserint, atque a parentibus vocati eos providentia sua dignari noluerint [91]).

Im Orient haben wir also das Ausschließungssystem überall als praktisch herrschend gefunden, was gewiß kein unbedeutendes Argument für unsre Ansicht ist; dasselbe werden wir auch im Occident finden.

Wie die uralte Turinerglosse, die Savigny vor das Jahr 640 setzt [92]), die Sache ansah, läßt sich nicht mehr ausmitteln, da sie nur die Institutionen, wie sie sind, erklärt, und sich nicht genauer auf Veränderungen des Rechts einläßt. Doch ist es

---

390) Harm. V. 9. §. 20. Vg. §. 32. Darüber tadelt ihn Soarezius mit Recht bei Reiz im Supplementband zum Meermannschen Thesaurus. S. 310.

91) Harm. bei Reiz a. a. O. S. 311.

92) Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter B. IV. S. 486.

gewiß, daß sie sowohl die Novelle 115 als die Novelle 18 kannte [393]).

Die älteste juristische Schrift, von der ich etwas Bestimmteres anzuführen weiß, sind die *exceptiones* des Petrus, aus dem 11ten Jahrhundert. Auch er, der die Novelle aus Julian kennen lernte, faßte sie richtig so auf, daß dasselbe Recht von allen übergangnen und enterbten Kindern gelte. Ob er aber die Querela inofficiosi für nothwendig halte, um die Kraft des lieblosen Testamentes erst noch zu brechen, lasse ich dahin gestellt Indeß will ich nicht verhehlen, daß es allerdings einigen Anschein hat, als habe er eine umstürzende Klage für nothwendig erachtet [94]).

Der nicht viel jüngere Verfasser des sogenannten Brachylogus nennt das Rechtsmittel, wodurch er

---

393) Glossa: mater ad §. 7. J. de exher. liber. bei Savigny a. a. O. B. III. S. 688. und ad §. 7. J. de inoff. test. ebend. S. 691.

94) Petri exceptiones abgedruckt bei Savigny a. a. O. Bd. III. Anhang. Vg. L. I. c. 15. c. 17 und 18. »Si pater vel mater, so fängt das 17te Cap. an: sine justa causa *filium exheredaverit vel praeterierit*, et alium instituerit — — *legitimus* heres id est filius ejus potest *rumpere* testamentum, et *recuperare* omnia bona patris vel matris.«

das Testament ungültig macht, rumpirt, wie er sich ausdrückt, ausdrücklich Querela inofficiosi [395]). Wie oben Harmenopul, so gibt auch er sie indeß dem ausgeschloßnen Sohne nicht, sobald er irgend etwas aus dem Nachlaß des Vaters erlangt hat, sondern blos eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils. In dem nämlichen Irrthum befindet sich auch Petrus [96]). Den Pflichttheil nennen beide Falcidia, obgleich sie recht gut wissen, daß nicht mehr ein Viertheil sondern ein Drittheil oder die Hälfte gemeint ist. Es scheint mir indeß die größte Wahrscheinlichkeit zu haben, daß der Verfasser des Brachylogus seine Querela inofficiosi auch allen übergangnen Kindern eben so wohl gestatte, als den enterbten. Auf jeden Fall bezieht er den Inhalt der Novelle auf beide [97]). Das alte Recht der Kinder in der Gewalt sowohl als der Emancipirten erwähnt er gar nicht, und gibt statt

---

395) Brachyl. L. II. c. 23. §. 3. bei Senkenberg S. 91. — c. 32. §. 1. 2. S. 106. 107.

96) Brachyl. II. c. 32. §. 3. S. 107. c. 23. §. 3. S. 91. Petri exc. I. c. 17. Vg. Nov. 115 c. 3. pr.

97) Brachyl. II. 32. §. 2. »Inofficiosi querela est allegatio, qua liberi vel parentes ostendunt, se *injuste praeteritos vel exheredatos.*« Darauf weist auch die Ueberschrift dieses Titels hin: De rupto, irrito et inofficioso testamento.

dessen blos einen kurzen Auszug der Novelle, und was sich zunächst daran anschließt. Die contra tabulas bonorum possessio führt er freilich an, aber in der allgemeinen Eintheilung der bonorum possessiones. Er schließt mit den merkwürdigen Worten: »De bonorum autem possessione plura dicere necessarium non duximus: eo quod jure civili, ex constitutionibus principum omnes cognati succedere possunt [398]«— die sich zunächst zwar auf die bon. poss. ab intestato beziehn, wie die Endworte zeigen, aber ihrem Hauptsinne nach auch zu der contra tab. b. poss. gehören; denn auch von ihr sagt er nichts mehr.

Es scheint endlich nicht unpassend, zu bemerken, wie die Gesetze der Longobarden die Bestimmungen der Novelle im Wesentlichen in sich aufgenommen haben. Sie verbieten ebenfalls ganz allgemein jede Enterbung der Kinder und Eltern ohne eine bestimmte wichtige Ursache. Alles was gegen dieß Verbot geschieht, ist ungültig, wie sich am deutlichsten aus den beigefügten Formeln ergiebt, grade so ungültig, wie wenn bei einem strengen Rechtsgeschäft die wesentliche und nothwendige Form vernachlässigt ist [99]).

---

398) Brachyl. II. 34. S. 114.

99) Leges Longob. L. II. t. 14. L. 12 und 13. Edict Rotharis 168—171. Vg. form. ad 172 und 174.

§. 30.

Wenden wir uns zu den Glossatoren, so finden wir hier nicht mehr, wie bisher, sich selber halb unbewußte Aeußerungen der Praxis, sondern vielmehr Resultate gelehrter Männer, die das ganze System vollkommen übersahen. Leider fehlte ihnen die historische Anschauung des werdenden Rechts. Ohne diesen Mangel wäre wohl damals schon unsre Sache für immer entschieden worden.

1. Zunächst kommt uns der alte ehrwürdige Irner mit seiner Ansicht entgegen. Von ihm wurden nämlich die beiden so berühmten Authentiken, bei deren Erklärung später sehr viele Gelehrte ihre verschiednen Meinungen über den ganzen Streit aus einander setzten, in den Codex gesetzt. Es sind folgende:

Non licet parenti aliquem ex liberis exheredare vel praeterire, nisi is probatur ingratus, et ingratitudinis causas nominatim inserat testamento. Causae vero ingratitudinis nova constitutione expressae sunt quatuordecim.

Ex causa exheredationis, vel praeteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones: cetera namque firma permanent.

Beachten wir ganz unbefangen den Ort, wo

Irner diese Authentiken eingeschaltet, nämlich den Titel des Codex: De liberis praeteritis, nicht etwa, wie man eher erwartete, de inofficioso testamento, und zwar unmittelbar nach dem wichtigen Gesetz Justinians, welches den Unterschied zwischen Söhnen und Töchtern sowohl lebenden als nachgebornen in Rücksicht auf die Uebergehung aufhob; so läßt sich nicht daran zweifeln, daß er die Novelle auf das ganze alte Recht bezogen, und so das Ausschließungssystem befolgt habe. An eine Beschränkung auf die Fälle des alten pflichtwidrigen Testamentes kann unmöglich gedacht werden, da in jenem ganzen Titel alle diese gar nicht vorkommen, wollte man es auch übersehn, daß die Ausdrücke ganz allgemein sind, und sowohl Enterbung als Uebergehung überhaupt ohne Unterschied befassen.

Es ist sehr möglich, daß die in Italien herrschende Praxis auf die Ansicht des Irner Einfluß gehabt hat; doch darf man sich diesen Einfluß auch nicht zu groß denken; dafür bürgt schon der reiche selbstthätige Geist dieses Mannes. Gewisser ist es auf der andern Seite, daß seine beiden Authentiken auf die nachherige Praxis entschieden einwirkten, die vielleicht ohne sie falschen Theorien erlegen wäre. Daß diese mit den Authentiken in allen Fällen nur die Erbeinsetzung untergehn lasse, die übrigen Verfügungen aber,

Legate u. s. w. aufrecht erhalte, daß sie also dem Ausschließungssysteme huldige, ist selbst von den Gegnern desselben allgemein durch alle Zeiten hindurch anerkannt worden [400]).

Auch hat es große Wahrscheinlichkeit, daß Irner das Nullitätssystem angenommen habe. Denn bei ihm können wir schon auf genauere Wahl der Wörter rechnen: und irritum est testamentum heißt offenbar, das Testament ist ungültig, nichtig, nicht aber: es wird nichtig. Dafür spricht ebenfalls der Titel des Codex, welcher von wirklicher Unwirksamkeit der Testamente von Anfang an handelt, und an die Querela inofficiosi gar nicht erinnert.

Mit dem Gesagten stimmt auch der Inhalt zweier nur wenig bekannten Authentiken zu den Institutionen [1]) überein, mögen sie nun von Irner selbst oder Martinus herrühren:

Auth. J. de exhered. lib. »Non liceat parentibus, si quem ex liberis velint exheredare vel praeterire, nisi si is probetur ingratus a scripto herede, et ingratitudinis causa inseratur nominatim testamento.

400) Vg. z. B. Glück Commentar a. a. O. S. 327.
1) Vg. v. Savigny in Hugos Civil. Magazin B. III No. 14.

Auth. J. de inoff. test. Hodie non licet parenti debitam portionem liberis relinquere nisi jure institutionis, nec praeterire liberos nec exheredare, nisi causas ingratitudinis probandas ab herede nominatim inseruit testamento, quae 14 sunt.

2. Martinus Gosia († vor 1166) läugnet die Fortdauer der Querela inofficiosi, ausgenommen für Geschwister, wenn schändliche Personen eingesetzt sind, und vertheidigt das reine Nullitätssystem. Schon dadurch wird es wahrscheinlich, daß er die Novelle auch auf das gesammte alte Recht der Ausschließung bezogen habe: denn der Schluß vom Nullitäts- auf das Ausschließungssystem ist zwar nicht völlig sicher, doch wird man kaum fehl gehn. Umgekehrt aber von diesem auf jenes zu schließen, ist äußerst mißlich, und führt oft zum Irrthum. Jenes wird aber noch besonders bestätigt durch Azo [402].

3. Sein Gegner Bulgarus († 1166) scheint ebenfalls das Recht der Novelle allgemein auf das alte Recht bezogen zu haben, ungeachtet er darin von Martinus abwich, daß er in allen Fällen die Querela

---

402) Gl. Vulg. Nominatim ad c. 3. pr. Nov. 115. Gl. Nullum ad c. 3. §. ult. eod. Gl. Irritum ad auth. Ex causa C. de lib. praet. *Azo* Comment ad sing. leg. Cod. Lugd. 1596. p. 734.

inofficiosi für nothwendig hielt. Er ist der einzige unter den Glossatoren, so viel ich weiß, welcher das Inofficiositätssystem vertheidigte. Seine nächsten und bedeutendsten Schüler, Rogerius und Johannes Bassianus wichen wieder von seiner Ansicht ab, wiewohl nach verschiednen Richtungen hin [403]).

4. Jacobus de porta Ravennate (†1178) soll nach Cynus [4]) Aussage die Novelle zwar auch auf die alte eigentliche Präterition bezogen haben, doch nur auf die des emancipirten Sohnes, nicht auch auf die des Suus. In Bezug auf diesen änderte die Novelle nichts. Wie strenge diese beschränkte Ansicht zu verstehn sei, kann ich nicht sagen.

5. Rogerius, der ums Jahr 1162 blühte, folgte der Meinung des Martinus, und dehnte sie sogar weiter aus. Er will nämlich die Querela inofficiosi gar nicht mehr gelten lassen, selbst nicht, wenn Geschwister enterbt sind. Die Erbeinsetzung eines

---

403) *Azon.* Comment. ad sing. leg. Cod. Just. Lugd. 1596 ad auth. Ex causa p. 734: »B. (Bulgarus) intellexit irritum, i. irritandum per querelam inoff. test. Dixit ergo, valere ex causa praeteritionis vel exheredationis, sed expugnatur per querelam.«

4) *Cynus de Pistorio* sup. Cod. Venet. 1493 ohne Seitenzahlen. ad Auth. Ex causa.

ungerechten Testaments sei immer nichtig. Die Vermächtnisse werden bei Kräften erhalten [405]).

6. Sein Zeitgenosse Wilhelmus de Cabriano tritt zwar ebenfalls dem Ausschließungssysteme bei, behauptet aber, die alten Rechtsmittel seien durch die Novelle nur überflüssig gemacht, nicht aufgehoben worden. So habe der enterbte Sohn die Wahl zwischen der Querela inofficiosi und der hereditatis petitio ab intestato, auf ähnliche Weise, wie ehmals der übergangne Suus die Wahl hatte, ob er das Testament als nicht vorhanden betrachten, oder die bonorum possessio gegen dasselbe antreten wolle. Wir werden später Gelegenheit haben, diese zur Zeit der Scholastiker sehr verbreitete Ansicht ausführlicher darzulegen und zu prüfen [6]).

---

405) *Rogerius* Summa lib. III. t. 28. de inoff. test. »Nova autem constitutione querela nullum sibi vindicat locum — *ipso jure* circa institutionem nullum est testamentum, cetera perseverant in suo statu. Quod autem a *quibusdam* dicitur, *inter fratres* querelam locum sibi vindicare, cum *parem necessitatem* nova constitutio imponat parentibus et filiis *et interdum fratribus* relinquendi trientem — — et jure institutionis relinquere, alioquin nullum est testamentum constitutione nova X in coll. octava.« Gedruckt in Savigny's Geschichte des R. R. im Mittelalt. B. IV. S. 435.

6) *Wilh.* Glossa ad tit. C. de inoff. test. bekannt ge-

7. Placentinus († 1192) läßt das alte Recht gänzlich durch die Novelle umgewandelt werden. Die Erbeinsetzung ist immer nichtig, die Vermächtnisse gültig. Die Querela inofficiosi kann nur noch bei Geschwistern Statt finden [407]).

8. Pillius († nach 1192) hat das Nullitäts- und daher wohl auch das Ausschließungssystem. Er bemerkt nämlich in einer Glosse zu L. 9. C. de inoff. »Sed numquid hoc etiam hodie locum habet? Respondeo utique, ut ea sola testamenta hodie sint *ipso jure irrita*, quae *olim* expugnabantur per querelam [8]).« Den Gegensatz machen ja nicht etwa die Testamente, worin ein Kind übergangen ist, sondern nach dem Zusammenhang die Testamente der Soldaten. Diese werden, sagt er, nicht nichtig, so wenig als sie ehmals durch die Querela angegriffen werden konnten.

9. Von Cyprianus († nach 1200) gilt das Nämliche, wie von Pillius [9]).

---

macht durch von Savigny a. a. O. S. 441. »Quaero an haec querela hodie locum habeat? Dico, quod sic, non tamen est necessaria, — sed erit in electione filii, an velit *ipso jure nullum* testamentum, an querelam intendere et expugnare ad similitudinem filii emancipati« u. s. w.

407) *Placent.* Summa Cod. Mogunt. 1536. S. 268.

8) Gedruckt bei von Savigny a. a. O. S. 458.

9) *Cyprian.* Gl. Nullam vim ad Nov. 115. c. 4. §. 8.

10. Joannes Bassianus (lehrte gegen Ende des 12ten Jahrhunderts in Bologna) wollte die Ansicht seines Lehrers Bulgarus mit der gewöhnlichen vereinigen, und war sehr wahrscheinlich der Begründer des sogenannten gemischten Systems. Die Erbeinsetzung ist an sich nichtig, wenn keine Ursache, wird durch die Querela inoff. zerstört, wenn eine falsche Ursache angeführt ist. Auch bezog er die Novelle nicht auf die alte Präteritio, sondern blos auf die Uebergehung, welche der Enterbung schon früher gleich stand; doch scheint er dieß Enterbungssystem nicht streng durchgeführt zu haben [410].

»Si statim nullam vim habet, *ergo statim irritum ipso jure* etc. von Savigny a. a. O. S. 462.

410) *Joannis* Summa Authentic. in Novell. 115 hinter Azon. Summa Codic. Lugd. Batav. 1596. t. II. p. 312. *Azonis* Comment. ad Cod. Lugd. 1596. ad auth. Ex causa p. 734. »Jo. aliter quam superiores (Martinus et Bulgarus) intellexit, et dixit, male posita verba hujus authenticae etc.« Gl. vulg. Irritum ad Auth. ex causa. »Tu dic secundum Jo., quod habet locum (querela), quando est inserta (causa), et non probata.« Sonderbar genug wird in Gl. Vulg. Nullum ad c. 3. §. ult. Nov. 115. dem Joannes nicht das gemischte, sondern das Inofficiositätssystem zugeschrieben: »ipso jure secundum M. (Martinum) et A. (Azonem). Sed secundum *Joann.* et alios dic per sententiam, et secundum hoc dices evacuatio, idem evacuando per querelam: sed primi proprie ponunt

Seine Meinung hatte auch hier, wie in vielen andern Punkten, großen Einfluß auf seinen Schüler Azo, der dann wieder ebenso auf Accursius einwirkte.

11. Azos († 1220) Meinung hatte bei den spätern Juristen so großes Gewicht, daß sie schon deßwegen eine genauere Darlegung nöthig macht. Bei ihm zeigt sich schon ein großes Schwanken und Inconsequenz. So bezieht er zwar die Novelle auf das ganze alte Recht, scheut sich aber vor der Durchführung dieser Beziehung, lenkt daher wieder ein, und läßt das alte Recht so viel möglich doch noch gelten. Er geht besonders davon aus, die Form der Ausschließung sei durch die Novelle neu bestimmt worden. *Rite* werde sie gemacht, wenn die Ursache derselben im Testament angeführt sei, *non rite*, wenn man das unterlasse. In diesem Falle sei die Erbeinsetzung immer nichtig, in jenem sei sie gültig. Im Ganzen ist das allerdings richtig; nur darf man die Sache nicht zu sehr blos von der formellen Seite betrachten. Es war Justinian vielmehr um den

---

sc. ipso jure. *Acc.*« Daß Accursius selbst sich hierin so irren konnte, wäre auffallend. Vielleicht ist ein andrer Joannes (Sarisberiensis?) gemeint. Vg. *Baldus* sup. Cod. ad auth. Non licet. Lugd. 1551. p. 82 b.

materiellen Unterschied zu thun, zwischen Beifügung eines Enterbungsgrundes und Auslassung desselben, nach welchem ein falscher, ungerechter so gut wie gar keiner ist.

Ist nun irgend eine von den vorgeschriebenen Ursachen beigeschrieben worden, so kann nach Azo ein solches ganz gültiges Testament nur durch die Querela inofficiosi umgeworfen werden. So hätte er wenigstens ganz consequent behaupten sollen. Aber da erscheint gleich wieder das alte Recht, und er mag den Sohn, der *rite* übergangen ist, doch nicht ganz dem Sohne gleich stellen, der *rite* enterbt wurde, rite, d. h. in beiden Fällen adjecta causa. Jenem gibt er daher nur die *bon. possessio contra tabulas*, auch dem Suus nur diese, eben weil ein solches Testament seit der Novelle von Anfang an gültig sei [411]).

Dagegen ertheilt er dem rite enterbten Sohne nur die Querela inofficiosi, um das Testament umzustürzen. Hier steht er wieder an, und zweifelt, ob in einem solchen Falle die Vermächtnisse nicht auch

411) *Azon.* Summa Cod.: ad tit. de lib. praet. t. I. p. 849. »Si autem praeteritus fuerit filius *rite* i. e. *inserta causa exheredationis*, tenet testamentum, sed habet filius emancipatus c. t. bon. possessionem, eandem que habet filius suus. *Nec aliter* videtur hodie succedere posse etc.«

untergehen, weil sie auf der anfangs gültigen Erbeinsetzung beruhten, die jetzt vernichtet wurde: als ob die Novelle sich nicht hierüber ganz ausdrücklich erklärt hätte, sowohl bei den Kindern als Eltern [412]).

Sind die Ascendenten der väterlichen Linie rite übergangen, so haben sie die c. t. b. p., wurden sie rite enterbt, die Querel. Dieß ist auf jeden Fall eine gänzliche Verkennung der Verhältnisse, da bei Ascendenten, welcher Ausdruck auch viel zu allgemein ist, schon ehemals kein Unterschied zwischen Uebergehung und Enterbung Statt fand. Ascendenten durch die Mutter haben immer die Querel, wenn sie rite ausgeschlossen sind.

Einfacher dagegen stellt sich die Sache, wenn Kinder oder Eltern ausgeschlossen wurden ohne Hinzufügung einer Ursache, also *non rite*. Hier ist die Erbeinsetzung immer *ipso iure* nichtig, die Vermächtnisse bleiben aber gültig. Insofern hat Azo rei-

---

412) Summa Cod. l. c. et tit. C. de inoff. test. S. 260. Hier vertheidigt er zuerst die Nichtigkeit der Vermächtnisse; dann fühlt er aber wieder die Schwierigkeiten, und fährt fort: »vel dic, *ut plerique dicunt indistincte, praestari legata*, irrito testamento per querelam vel ipso jure.« Nur die erstere Meinung Azo's führt *Bartolus* an super Cod. ad auth.: Ex causa, und berichtet, daß auch *Hugolinus* sie mit ihm getheilt habe.

nes Ausschließungssystem angenommen, und gibt selbst dem emancipirten Sohne, der non rite präterirt wurde, keine b. p. c. t., sondern läßt ihn unmittelbar ab intestato succediren [413]).

12. Accursius († 1260) scheint der Ansicht seines Lehrers Azo im Ganzen gefolgt zu sein. In Rücksicht auf den Unterschied, der zwischen Nichthinzufügung einer Ursache und Anführung einer unwahren Statt finden soll, ist dieß gewiß. Auch er ließ in jenem Falle das Testament nothwendig und unmittelbar nichtig sein, in diesem dagegen durch die Querel erst umwerfen. Ob er aber nicht mehr als sein Vorgänger zu dem Enterbungssystem sich hingeneigt habe, kann ich nicht mit Gewißheit behaupten, doch ist es nicht ganz unwahrscheinlich [14]). Ueberhaupt sind die

---

413) »Et hic emancipatus olim erat bon. possessor: scilicet hodie succedit per constitutiones, ut heres ab intestato.« Summa C. cit. l. c. Vg. überhaupt noch ad tit. Unde legitimi l. c. S. 799. und tit. de bon. poss. c. t. S. 796. tit. de post. hered. inst. S. 851. Commentar: ad Cod. tit. de inoff. test. L. 13. et L. 15. S. 304. 305. ad L. 22. S. 307. ad auth.: Ex causa S. 734.

14) Gl. Nominatim et Nullum Nov. 115. c. 3. pr. §. ult. Gl. Non licet et Parenti ad auth. Non licet. Gl. Ex causa ad auth.: Ex causa Gl. Pro virili ad §. ult. J. de inoff. test. Gl. Inter ceteros §. 1. et Gl. Mater §. ult. J. de exher. lib.: *Alciat.* ad L. 7. D. de lib.:

Vulgarglossen, welche hieher gehören, sehr verwirrt, und widersprechen sich gegenseitig. Mehre von ihnen, die indeß etwas neuern Ursprungs zu sein scheinen, und offenbar von den spätern Scholastikern herrühren, beschränken die Wichtigkeit der Novelle sehr bedeutend, und beziehen die Präteritio derselben nicht auf die alte der Kinder des Vaters [415].

So sehn wir, daß bis dahin die meisten Glossatoren dem Ausschließungssystem huldigten, freilich von Anfang an reiner als später. Die blos natürliche und praktische Ansicht scheint zwar auch den letztern noch unverwerflich, aber sie wußten nicht, was sie mit dem alten Recht, das noch so viele Spuren in den Quellen übrig gelassen hatte, und viel reicher und genauer behandelt war, als das neuste, anfangen sollten. Die historische Entwicklung begriffen sie nicht, und so erklärt es sich, wie sie immer mehr auch jenen eine gewisse Anwendung verschaffen wollten. Ist aber hier einmal etwas nachgegeben, und die Consequenz gestört, so kommt man immer weiter. So ging es denn auch hier, wie wir gleich sehen werden.

---

et post. behauptet von Joannes und Franciscus Accursius, Vater und Sohn, daß sie sich dem Enterbungssystem ergeben haben.

415) Vg. Gl. Irritum Gl. Cetera ad auth. Ex causa. Gl. Noluit ad Nov. 1 c. 1. Gl. Nihil deberi ad c. 1. C. de postum.

In Hinsicht der Rechtsmittel herrschte anfangs ziemlich allgemein das Nullitätssystem; darauf folgte das gemischte System, welches durch Azos und Accursius Einfluß unterstützt jenes fast ganz verdrängte, und lange Zeit bevorzugt wurde. Das reine Inofficiositätssystem zeigt sich nur in seltnen Spuren.

§. 31.

In dem Zeitalter der Scholastiker, das nach Accursius beginnt, und wozu er eigentlich ebenfalls schon gehört, zeigt sich eine sehr große Verwirrung und Vermengung aller möglichen Meinungen. Wir finden weder reines Enterbungs- noch Ausschließungssystem, sondern ein wunderliches Gemische von beiden, das man wohl mit Recht das bunte System nennen kann.

13. Odofredus († 1265) hatte Enterbungs- und gemischtes System. So schrieb er über das Wort praeteritionis in unsrer Auth. Ex causa, als Interlinearglosse: sc. factae a matre [416]).

14. u. 15. Jacobus und Petrus de bella Pertica bezogen dagegen die Präteritio auch auf

---

416) *Odof.* Lectura sup. Cod. S. 383. *Cynus* sup. Cod. ad auth. cit.

den Sohn des Vaters: jener nahm überdieß noch das Nullitätssystem an [417].

16. Cynus de Pistorio († 1336) Schüler des Dynus hat A. S. In Rücksicht auf die Rechtsmittel dagegen will er vom alten Recht nicht abweichen. Wesentlich sei jetzt bei jedem Testament, worin jemand ausgeschlossen werde, die Beifügung einer Ursache, so sehr wesentlich, daß selbst Geschwister nicht anders gültig ausgeschlossen werden können. Fehlt sie, so ist die Einsetzung ipso jure nichtig; ist sie vorhanden, so steht die Querela inofficiosi zu. Immer aber, selbst bei den Geschwistern, bleiben die Vermächtnisse gültig. Aber auch die alten Rechtsmittel bleiben. So hat der emancipirte Sohn, wenn er ohne hinzugesetzten Grund übergangen ist, die Wahl, ob er das Testament als nichtig ansehn, oder aber die c. t. b. p. fordern will. Etwas Aehnliches haben wir schon oben bei Wilhelmus gefunden. Allein daß dieß unmöglich sei, ist leicht einzusehn. Ist das Testament wirklich ipso jure nichtig, so kann keine b. p. c. t. gegeben werden, da sie ein gültiges Testament voraussetzt. Allerdings fand zwar nach altem Recht eine solche Möglichkeit Statt, indem der suus praeteritus zwischen ihr und der hereditatis petitio die Wahl

417) *Cyn.* a. a. O. *Baldus* in Cod. ad auth. Non licet. S. 826.

hatte. Allein das prätorische Recht stand in einem ganz andern Verhältniß zum alten Civilrecht, als zum Justinianischen. Gegen jenes bildete es einen Gegensatz, und war der Zeit nach jünger als jenes. Das Justinianische neuste Recht aber steht über beiden, und weiß von dem Gegensatz nichts mehr, den es vielmehr in sich vereinigte. Verordnet es daher Intestaterbfolge, so kann das prätorische Recht nicht eine testamentarische ertheilen.

Ist der Emancipirte aber mit beigefügtem Grund übergangen, so hat er zwischen der Querela inoff. und der b. p. c. t. die Wahl, was schon der Natur der erstern Klage widerstreitet, die blos im Nothfall in Ermanglung anderer Rechtsmittel ertheilt wird [418]).

17. Bartolus de Saxoferrato († 1356) hat ebenfalls das A. S., aber wo möglich ein noch bunteres als Cynus. Da er ganz besonderes Ansehn genoß, und seine Meinung damals überhaupt sehr verbreitet gewesen zu sein scheint, ist es nicht unzweckmäßig, eine kurze Uebersicht von diesem System zu geben. Zugleich ergibt sich daraus die große Verwirrung, welche daraus entstehen muß [19]).

---

418) *Cynus* sup. Codice Venet. 1493 ohne Seitenzahlen. ad auth. Es causa.

19) *Bart.* super Codice Lugd. 1542. Vg. bes. den Commentar zur Auth. Ex causa.

A. Descendenten 1) vom Vater und der väterlichen Seite her. a) Waren sie in der Gewalt, und wurden übergangen, so ist das Testament immer nichtig, so weit die Erbeinsetzung geht. Zugleich so haben sie auch c. t. b. p. Sind sie enterbt ohne Ursache, so haben sie hereditatis petitio ab intestato und c. t. b. p.; mit beigefügter Ursache, so steht ihnen nur die Querela inoff. zu.

b. Ist der Emancipirte vom Vater enterbt, so findet dasselbe Statt wie beim Suus. Ist er aber übergangen, und zwar ohne angegebenen Grund, so kann er das Testament als nichtig ansehn, oder c. t. b. p. verlangen; mit angeführtem Grund, so kann er nicht, wie der Suus, das Testament als nichtig betrachten, sondern bedarf der c. t. b. p.

2. Descendenten von der Mutter und der mütterlichen Seite her haben immer dieselben Rechtsmittel, mögen sie übergangen oder enterbt sein, nämlich hereditatis petitio ab intestato, wenn kein Grund, Querela inoff., wenn einer beigefügt ist.

B. Ascendenten. 1) Der Vater und väterliche Ascendenten werden a) von ihren Kindern in der Gewalt, die über ihr peculium castrense oder quasi castrense testirten, übergangen, oder enterbt ohne Ursache. Dann fällt die Einsetzung von selbst zusammen. Werden sie mit beigefügter (falscher)

Ursache übergangen, so haben sie hereditatis petitio ab intestato, enterbt, so steht ihnen die Querela inofficiosi zu. Es ist nicht leicht möglich, mehr Irrthümer auf einen eben so kleinen Raum zusammen zu drängen.

b) Dasselbe gilt, wenn sie von emancipirten Kindern ausgeschlossen werden, mit dem Unterschied, daß sie von diesen mit Hinzusetzung des Grundes übergangen die c. t. b. p. und nur diese haben.

2. Die Mutter und mütterliche Ascendenten werden ausgeschlossen mit beigefügtem Grund, dann haben sie die Querel; — ohne solchen, dann steht ihnen hered. petit. ab intestat. zu.

In allen diesen bisher angeführten Fällen werden die Vermächtnisse immer ausbezahlt.

c) Geschwistern steht nie ein anderes Rechtsmittel als die alte Querel zu.

18. Sein Schüler Baldus de Ubaldis († 1400) hat ebenfalls Ausschließungs- und gemischtes System, mit eben so bunter Mischung der mannigfaltigsten Rechtsmittel, wie Bartolus [420].

§. 32.

19. Wie in der Geschichte der Rechtswissenschaft

---

420) *Baldus Perus.* in Cod. lib. praelect. Lugd. 1551. fol. 83—85.

überhaupt, so beginnt auch in unsrer Lehre mit dem Mailänder Alciati († 1550) eine neue Epoche. Er vertheidigt namentlich das reine Enterbungssystem eifrig, und läßt auch die Vermächtnisse untergehen, wenn im Testament ein Kind präterirt ist. Ueberhaupt hält er das alte Recht so viel wie möglich aufrecht, und will blos die alten Rechtsmittel gelten lassen [421]). Auf ähnliche Weise läugnet er auch, daß die Novelle 118 den Unterschied zwischen Emancipati und Sui aufgehoben, und den ersten ein civiles Intestaterbrecht gegeben habe [22]).

20. Sein Schüler Connanus († 1551) hat dagegen wieder die noch herrschende gemeine Meinung des Ausschließungssystems angenommen, obgleich er die alten Rechtsmittel fortdauern läßt, besonders auch die Querela inoff. [23]).

21. Dasselbe gilt auch von Duarenus († 1559) [24]).

---

421) *Alc.* Opera Francof. 1617. Vg. bes. ad L. 7. D. de lib. et post. t. I. p. 437. sq. und ad tit. C. de c. t. b. p. t. III. p. 417. Parerga Jur. IV. 9. t. IV. p. 330.

22) Parad. III. 10. t. IV. p. 59.

23) *Conn.* Comment. J. C. Basil. 1562. IX. c. 9. S. 1018. c. 10. S. 1033.

24) *Duar.* Opera Francof. 1598. Comm. in tit. D. de inoff. c. 3. S. 174 — in tit. D. de inj. rupto c. 2. S. 365.

22. Entscheidenden Einfluß auf die Ansichten der spätern Theoretiker hatte vorzüglich Cujas (†1590). Er behauptete kühn, die ganze Novelle spreche blos von dem testamentum inofficiosum, stelle zu diesem Zweck die Enterbungsgründe zusammen, und lege deren Beweis dem Erben auf, welcher durch die Querela inoff. belangt werde. Im Uebrigen gelte das alte Recht ungeschmälert fort, und die Uebergehung des Sohnes zerstöre das ganze Testament mit allen Vermächtnissen. Zu dieser Ansicht mochte wohl seine freilich sehr gerechte Liebe zum klassischen Rechte der Römer nicht wenig beigetragen haben [425].

23. Der berühmte Gegner dieses großen Mannes Hugo Donellus (†1591) schwankte auf ähnliche Weise, wie einst Cynus zwischen E. S. und A. S. Er bezieht nämlich die Novelle von Anfang an auf alle Kinder, und jede Ausschließung. Die Vermächtnisse bleiben immer gültig, auch bei Geschwistern. Dagegen bestehn sämmtliche alte Rechtsmittel in ihrem alten Umfang, Nichtigkeit, contra tab. possessio, Querela inoff. Hätte Doneau den historischen Gang der Lehre besser erkannt, und namentlich eingesehn, wie das alte Präteritionsrecht blos formel war, und

---

425) *Cuj.* ad Nov. 18. und Comment. in L. 3. de lib. et post.

mit dem Pflichttheil auf keine Weise zusammen hing, so hätte er gewiß unsre Ansicht schon völlig gebilligt. Aber er dachte sich auch das alte Recht als Strafe für die Ausschließung von der Erbschaft, und glaubte, sie müsse noch fürder bestehn, da sie dem Sinne der Novelle, die das Recht der Kinder nicht verschlimmern sondern verbessern wolle, nicht entgegen sei, und von ihr nicht ausdrücklich aufgehoben werde. Dann bezog er auch die aufgezählten Gründe immer zu sehr auf die Enterbung, obgleich sie Justinian auch *causae praeteritionis* nennt. Uebrigens nennt auch er das R. S. als herrschende Ansicht, nicht das von ihm vorgezogne J. S. [426]).

24. Eine ähnliche Ansicht hat Giphanius († 1604). A. S. und J. S. Die Querela inofficiosi steht nach seiner Meinung jetzt allen Kindern auch den Präterirten zu, daneben aber ebenfalls die alten Rechtsmittel. Wollte man nun subtil sein, so würde freilich durch Präterition des Suus das ganze Testament nichtig. Allein wie der Prätor manches, das nach strengem Recht nichtig war, aufrecht erhalten

---

426) *Donelli* Comment. de J. C. VI. c. 11 — 15. in der Ausg. v. Bucher T. III. p. 374 – 386. und Comm. ad Auth. Non licet in Opp. (ed. Luc.) T. IX. p. 303. sq.

habe, so müssen es auch, meint er, die Juristen im Sinne Justinians thun [427].

25. Anton Faber († 1624) E. S. und wahrscheinlich auch J. S. Gegen die Praxis lasse sich jenes aber nicht durchführen [28].

26. Bachovius († 1640) hat im Ganzen A. S. und G. S. [29].

27. A. Vinnius († 1657) vertheidigt Cujas Meinung mit großem Eifer. Er stützt sich auch besonders darauf, daß wenn das Testament ipso jure nichtig würde, Justinian nicht blos für die Kinder sondern für fremde Intestaterben gesorgt hätte, was nicht in seiner Absicht lag. Gegen unsre relative Nichtigkeit spricht dieß natürlich gar nicht. Aber auch wer die absolute annimmt, kann entgegnen, daß die Intestaterben doch nie ganz fremde Personen seien, zumal im Vergleich mit den eingesetzten Erben [30].

---

427) *Giph.* Explanatio Cod. Colon. Plauc. 1615. ad auth. Non licet. t. II. p. 69—76.

28) Conject. Col. Allob. 1630. L. IX. c. 14. p. 301. ff. Er erwähnt hier, daß er seine Ansicht an einem andern Ort gegen Bartolus entwickelt habe, den ich aber nicht habe finden können.

29) *Bach.* Notae ad Disput. Treutleri. Col. Agripp. 1653. t. I. p. 146 sq.

30) *Vinn.* Jnst. Comment. Amstel. 1665. p. 383. sq. *Ejusd.* sel. jur. quaest. L. II. c. 20.

28. Jac. Constantinäus ein Zeitgenosse des vorigen scheint dagegen wieder A. S. zu haben [431]).

29. Jac. de la Lande Zeitgenosse und Landsmann des letztern hat E. S. und J. S. [32]).

30. Jo. Brunnemannus († 1672) hat A. S. und G. S., welches er auch als die gemeine Meinung anführt [33]).

31. Der Spanier Fernandez de Retes († 1678) scheint Donellus Meinung gebilligt zu haben [34]).

32. Ulr. Huber († 1694) E. S. und J. S. Allein die c. t. b. possessio sei durchaus nicht mehr praktisch: und daher (?) mache der präterirte Emancipatus das Testament ganz nichtig, wie der Suus [35]).

33. Sam. Stryk († 1710) A. S. — G. S. Die

---

431) Subt. Enodat. in *Ottonis* Thes. J. t. IV. p. 543.

32) in tit. 28. lib. VI. de lib. praet. vel exh. in *Meerm.* Thes. t. IV. Vg. bes. S. 899. 900.

33) Comment. in Codic. ad Auth. Ex causa et Nonlicet. Lips. 1668. p. 725. sq.

34) Advers. de b. p. c. t. in *Meerm.* Thes. t. VI. p. 489 sq. Vg. bes. p. 537. Er berührt das neuere Recht nur im Vorbeigehn.

35) Praelect. jur. civ. Francof. 1749. L. XXVIII. t. 2. bes. p. 1275. sq.

c. t. b. p. kann noch vorkommen, ist aber nicht mehr nothwendig [436]).

34. Ger. Noodt († 1725) E. S. — J. S. [37]).

35. Lucas van de Poll E. S. — J. S. [38]).

36. Jo. Averanius († 1738) E. S. — J. S. [39]).

37. Corn. van Bynkershoek († 1743) J. S. [40]).

38. A. Leyser († 1752) A. S. — J. S. Durch Agnation des Postumus soll das ganze Testament zu Grunde gehn, wenn anders der Vater ihn nicht absichtlich ausschloß [41]).

39. Sam. de Cocceji († 1755) E. S. doch mit Hinneigung zum A. S. — G. S. [42]).

40. Pothier († 1772) scheint Cujas gefolgt zu sein [43]).

---

436) Usus mod. Halae 1730. V. 2. t. I. p. 467. sq. bes. p. 472. XXXVII. 2. t. III. p. 1093 sq.

37) Opera Lugd. Batav. 1724. t. II. p. 159—160. 168. 173.

38) De exhered. et praeterit. Rom. atque hodierna. Ultraj. 1712. Vg. bes. §. 20—23.

39) Interp. Jur. Lugd. Bat. 1753. L. I. c. 10. t. I. p. 123. L. IV. c. 11. t. II. p. 610.

40) Observ. II. 12. Opera. t. I. p. 47.

41) Meditat. ad Pand. t. V. Lips. 1744. Spec. 359. 7). 361. 18).

42) Jus. civile controv. Lib. V. t. 2. XXVIII. 2.

43) Pandectae Lugd. 1782. ad V. 2. t. I. p. 188. 193. ad

41. Joseph Finestres et de Monsalvo († 1777) E. S. — J. S. [444].

42) Höpfner († 1797) E. S. doch mit sehr großer Ausdehnung, und auf der andern Seite die Fälle der Uebergehung ungemein vermindernd. G. S. [45].

43. Schneidt A. S. Was das Rechtsmittel betrifft, so nannte er es condictio ex lege (novella 115). Ob er von der formellen Beschaffenheit dieser Condictio eine deutliche Vorstellung hatte, möchte ich bezweifeln. Auf jeden Fall ist sie nach seiner Ansicht nicht viel anders, als unsre hereditatis petitio ab intestato [46].

44. Du Roi. E. S. [47].

45. Hofacker († 1793) hält die Novelle 115

XXXVII. 4. 5. t. II. p. 560. 567 sq. 572. ad XXVIII. 2. t. II. p. 179. 184.

444) Praelect. ad tit. D. de lib. et post. Cervariae 1750. P. III. c. I. n. 4. sq. — Praelect. ad tit. D. de inoff. test. Cerv. 1752. c. 8. n. 17. sq. c. 12. n. 1. sq.

45) Commentar zu den Hein. Inst. 8te Aufl. §. 525—28. S. 424 ff.

46) Ab Eckhardt (praeside *J. M. Schneidt*) Diss. de quer. inoff. int. par. et lib. exule. Würzb. 1778.

47) J. Amberg. (praes. *J. M. Du Roi*) Diss. de test. ob exhered. sine elogio factam non i. j. nullo. Helmst. 1780.

für nicht viel mehr als einen bloßen Catalog der Enterbungsgründe [448]).

• 46. Haubold († 1824) E. S. — G. S. [49]).

47. Westphal († 1793) E. S. — J. S. [50]).

48. Stein suchte die Ansicht seines Lehrers Glück in einer besondern Abhandlung, die eben nicht sehr zu empfehlen ist, darzustellen, E. S. J. S. [51]).

49. Koch E. S. — J. S. Er unterscheidet zwischen Enterbung und Uebergehung nach alter Form, wo das alte Recht fortwirke, und Enterbung und Uebergehung nach neuer Form, welche noch zu jener hinzukommt, und wo dann die Novelle 115 eintritt. Das J. S. nennt er das theoretische, das N. S. das praktische, weil dieses in der Praxis vorherrsche [52]). Natürlicher Weise ist es aber auch hier, wie überall in der Jurisprudenz, daß Theorie und Praxis Hand in Hand gehn müssen, und sich nur

---

448) F. Nicole (praes. *Hofacker*) diss. sist. hist. jur. de exhered. Tubingae 1782.

49) Diss. inaug. de differ. inter test. nullum et inoff. Lips. 1784. Vg. p. XXXII. ad fin.

50) Theorie des R. R. von Testam. Leipz. 1790. §. 549. 1009.

51) Versuch einer theoretisch-prakt. Abh. üb. die Lehre von pflichtw. Test. Erlangen 1798.

52) Bon. Poss. S. 135—144. 435.

widersprechen, wenn eine von beiden Unrecht hat. Sie sollen sich wechselseitig durchdringen, und eigentlich ihrem innern Wesen nach dasselbe sein. Eine merkwürdige Erscheinung bleibt es indessen, daß die Praxis Jahrhunderte hindurch ihre in den Hauptsachen richtige einfache Anschauung unsrer Lehre im Gegensatz selbst mit den ausgezeichnetesten Theoretikern behauptete, und sich durch diese nicht irre machen ließ.

50. Schrader schreibt in seiner oft angeführten Abhandlung der Novelle so wenig Wirkung als möglich zu.

51. Glück hält das E. S. theoretisch für das richtige, neigt sich aber doch wieder zum A. S. Für das J. S. erklärt er sich erst schwankend, dann entschieden [453]).

52. Schömann suchte das N. S. psychologisch zu bekämpfen. Unsre Theorie wird aber dadurch nicht afficirt. Er selbst hat J. S. mit Hinneigung zum A. S. [54]).

53. Hugo E. S. — J. S. [55]).

---

453) Erläut. d. Pand. Erlangen 1804. B. VII. S. 321—333, bes. S. 327. S. 335 ff. 347. 396.

54) Handb. des Civilrechts. Gießen 1805. B. I. Abh. 4.

55) Lehrb. des heutigen R. R. Berlin 1820. §. 191.

54. Gans A. S., ähnlich wie Doneau. Wenn gleich die c. t. b. p. noch fortdaure, werde sich doch, meint er, niemand derselben mehr bedienen. Warum sollte man dieß nicht? Sie ist ja meistens vortheilhafter für den Sohn, als das Recht der Novelle. Dann nimmt er an, der Kaiser könne durch seine civile Gesetzgebung kein prätorisches, sondern nur civiles Recht aufheben, als ob er nicht über beidem stände, zumal der Gegensatz zu Justinians Zeit längst erstorben war. N. S. [456]).

55. Valett hat E. S. und J. S. Seine Abhandlung ist brauchbar als Materialiensammlung, und enthält sonst einiges Gute. Von historischer Entwicklung unsrer Lehre scheint der Verfasser keinen Begriff zu haben: aber auch die systematische Ordnung ist durchaus nicht lobenswerth [57]).

56. Mühlenbruch scheint das E. S. aber mit Hinneigung zum A. S. und G. S. vorzuziehn [58]).

57. Hartitzsch E. S. — J. S. [59]).

---

456) Scholien z. Gajus. Berlin 1821. S. 294 ff. S. 326. Erbrecht. 1825. B. II. S. 137—141.

57) Das Notherbenrecht. Göttingen 1826.

58) Doctrina Pand. Halis 1827 §. 584.

59) Das Erbrecht, nach Haubold. Leipz. 1827. S. 115—123. Dieß Buch ist überhaupt sehr mittelmäßig, und unwürdig mit Haubolds Namen zu prangen.

58. Wening-Ingenheim E. S. — N. S. [460]).

59. Thibaut E. S. doch sehr gemildert. N. S. [61]).

60. Geßners mehrfach erwähnte Abhandlung ist für das alte Recht zwar sehr unbedeutend, enthält dagegen für das Recht der Novelle viel Vortreffliches, und gehört zu dem besten, was je über diesen Gegenstand geschrieben worden ist. A. S. — N. S. [62]).

61. Mackeldey E. S. ähnlich wie Thibaut und J. S. [63]).

Zum Schluß sei es mir noch vergönnt beizufügen, daß auch Savigny in seinen Vorträgen A. S. und N. S. lehrt. Leider kenne ich aber nur die allgemeinsten Umrisse seiner Ansicht, da er schon seit Jahren über Erbrecht keine besondern Vorlesungen gehalten hat: gewiß mit ein Grund, warum bis jetzt verhältnißmäßig sehr wenige gute Schriften über Gegenstände des Erbrechts erschienen sind.

---

460) Lehrbuch des gem. Civilrechts. Münch. 1828. §. 497. 498.

61) Pandektensystem. Jena 1828. §. 819.

62) Observ. de jure succ. ex Nov. 115. Basil. 1828.

63) Lehrbuch des R. R. Gießen 1829. §. 661.

Gedruckt bei C. F. Thormann in Bonn.

de la Haye

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bluntschli, Johann Caspar,

Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Recht mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115 Umarbeitung einer von der Berliner Juristenfacultät gekrönten Preisschrift

Bonn 1829

J.rom.m. 49 m
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566465-1